

Staatsrecht II

Vorlesungsnotizen

Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.



Hinweis:

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

Frühjahrssemester 2008 an der Universität Luzern

§ 1 Funktionen und Entwicklung der Grundrechte	1
I. Einführung	1
II. Funktionsweise und Arten der Grundrechte	1
1. Vergleich zivilrechtliche Rechtsansprüche – Grundrechte.....	1
2. Struktur der Grundrechtsprüfung	1
a) Dreistufiger Prüfungsaufbau (Freiheitsrecht)	1
b) Zweistufiger Aufbau (Gleichheitsrechte)	1
3. Funktionen und Arten von Grundrechten	2
a) Grundlagen	2
aa. Freiheitsrechte	2
bb. Gleichheitsrechte.....	2
b) Unterschiede nach dem hauptsächlichen Schutzzweck	2
aa. Freiheitsrechte	2
bb. Soziale Grundrechte.....	2
cc. Politische Grundrechte	2
dd. Rechtsstaatliche Garantien.....	2
ee. Verfahrensgrundrechte.....	3
c) Unterschiede nach der hauptsächlichen Anspruchsrichtung	3
aa. Abwehrrecht	3
bb. Leistungsrecht	3
cc. Teilhaberechte	3
dd. Gewährleistungspflichten.....	3
d) Unterschiede nach der Kodifizierung	3
III. Historische Entwicklung unter der Berücksichtigung der Funktionen	3
1. Grundrechte als Ausdruck gesellschaftlicher Entwicklungen	3
2. Monarchie: Abwehrfunktion und Verfahrensgrundrechte	3
a) Englische Verfassungstradition	3
aa. Magna Charta 1215 (grosser Freiheitsbrief)	3
bb. Petition of Rights 1628	4
cc. Habeas Corpus Akte 1679.....	4
dd. Bill of Rights 1689	4
b) Rechtsphilosophische Ansätze:	4
3. Demokratie /Republik: Gleichheit und demokratische Grundrechte	4
a) Virginia Bill of Rights 1776	4
b) Französische Menschenrechtserklärung 1789	4
4. Entwicklung in der Schweiz bis 1999.....	4
a) Helvetische Verfassung 1798	4
b) Mediation und Restauration: 1803	4
c) Regeneration und Entwicklung zum Bundesstaat: 1830	4
d) Bundesverfassung 1848	4
e) Totalrevision der BV 1874:	5
f) Seit 1959	5
g) Bundesverfassung 1999	5
§ 2 Rechtsquellen	6
I. Rechtsquellen	6
1. Bundesverfassung.....	6
a) Überblick	6
aa. Geschriebenes Verfassungsrecht	6
bb. Ungeschriebene Grundrechte	6
b) Wirkungen der Bundesgrundrechte	7
2. Kantonale Verfassungen	7
a) Überblick und Beispiele	7

b)	Wirkungen	8
3.	Internationale Rechtsquellen	8
a)	Internationale Menschenrechtsverbürgungen als Prüfungsmaßstab des BGer	8
b)	Praktische Konsequenzen	8
II.	Historischer Überblick über den internationalen Menschenrechtsschutz	8
1.	Wiener Kongress 1815	8
2.	Humanitäres Völkerrecht	8
3.	Minderheitenschutz	8
4.	UN-Charta 1945	8
5.	EMRK 1950	8
6.	UNO-Pakte I und UNO-Pakte II von 1966	8
§ 3 Prüfungsstruktur und Rechtfertigungserfordernisse		9
I.	Schutzbereich	9
1.	Persönlicher Schutzbereich	9
a)	Natürliche Personen	9
b)	Minderjährige	10
c)	Juristische Person	10
d)	Ausländerinnen/Ausländer	10
e)	Sonderstatusverhältnisse:	10
2.	Sachlicher Schutzbereich	11
3.	Grundrechtskonkurrenz	11
II.	Eingriff	11
1.	Adressaten der Grundrechte (Verpflichtete)	11
a)	Staatliche Organe	11
bb)	Regierung und Verwaltung	11
cc)	Justiz	11
b)	Privatrechtliches Handeln des Staates	11
c)	Drittwirkung:	11
d)	Staatliche Schutzpflichten:	12
2.	Eingriffsbegriff	12
3.	Eingriffsformen	12
4.	Grundrechtsverzicht	12
III.	Rechtfertigung, Art. 36 BV (Überblick)	13
1.	Grundstruktur	13
2.	Gesetzliche Grundlage, Art. 36 Abs. 1 BV	13
a)	Überblick:	13
b)	Der Gesetzesvorbehalt	13
c)	Der Parlamentsvorbehalt bei schweren Grundrechtseingriffen:	14
d)	Sonderfall: Die polizeiliche Generalklausel:	14
3.	Öffentliches Interesse, Art. 36 Abs. 2 BV	14
4.	Verhältnismässigkeit, Art. 36 Abs. 3 BV	15
a)	Geeignetheit	15
b)	Erforderlichkeit (Notwendigkeit)	15
c)	Verhältnismässigkeit im engeren Sinn	15
5.	Schutz des Kerngehalts, Art. 36 Abs. 4 BV	15
6.	Vergleich der Prüfungsstruktur mit der EMRK	15
§ 4 Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen		17
I.	Allgemeines	17
II.	System des Grundrechtsschutzes in der Schweiz	17

1.	Grundrechtsschutz durch das Bundesgericht	17
2.	Grundrechtsschutz durch die Kantone	17
III.	Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und deren Voraussetzungen	17
1.	Anfechtungsobjekt (Art. 82 BGG)	18
a)	Art. 82 lit. a BGG: Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts	18
b)	Art. 82 lit. b BGG: kantonale Erlasse	19
c)	Art. 82 lit. c BGG: Politische Stimmberechtigung der Bürger und Bürgerinnen, Volkswahlen und –Abstimmungen	19
2.	Vorinstanzen (Art. 86-88 BGG)	19
3.	Beschwerdegründe (Art. 95-98 BGG)	19
4.	Beschwerderecht (Art. 89 BGG)	19
5.	Beschwerdefrist (Art. 100 f BGG)	20
6.	Form und Inhalt.....	20
IV.	Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde	21
V.	Die Klage ans Bundesgericht	21
VI.	Rechtsschutz auf europäischer und internationaler Ebene	21
1.	Rechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte	21
2.	Rechtsschutz auf internationaler Ebene	22
§ 5	Recht auf Leben.....	22
I.	Bedeutung.....	22
II.	Normbefund	23
III.	Das Recht auf Leben nach Art. 10 Abs. 1 BV.....	24
1.	Schutzbereich	24
a)	Sachlicher Schutzbereich	24
b)	Persönlicher Schutzbereich	24
2.	Eingriffe	25
3.	Rechtfertigung.....	25
4.	Kerngehalt.....	25
IV.	Der Schutz des Lebens nach Art. 2 EMRK	25
1.	Schutzbereich	25
2.	Eingriff	25
3.	Rechtfertigung.....	25
§ 6	Menschenwürde (Art. 7; Art. 10³).....	28
	Einstiegsfall	28
I.	Bedeutung.....	29
II.	Normbefund	29
III.	Schutz der Menschenwürde gemäss Art. 7 BV.....	31
1.	Rechtsnatur der Würdenorm.....	31
a)	Grundrecht, Grundsatz und / oder Grundnorm?	31
b)	Individualgrundrecht ja	31
2.	Schutzbereich (rel. enger) der Menschenwürde als Individualrecht	31
a)	Sachlicher Schutzbereich	31
b)	Persönlicher Schutzbereich	32
c)	Grundrechtskonkurrenzen	32
3.	Eingriffe	32
4.	Keine Rechtfertigung	32
a)	Grundlagen	32

b)	Begründung	32
c)	Anwendung	32
IV.	Schutz der Menschenwürde unter der EMRK	32
V.	Weiterer internationaler Menschenrechtsschutz	32
VI.	Fallbeispiel: Folter von Terroristen	33
§ 7	Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10² BV)	34
I.	Einstiegsfall	34
I.	Historische Entwicklung unter der BV	34
1.	Zentrale Rolle der persönlichen Freiheit	34
2.	BV 1999	35
II.	Bedeutung	35
1.	Körperliche Integrität (in Abs. 2 explizit genannt)	35
2.	Geistige Unversehrtheit (in Abs. 2 explizit genannt)	35
3.	Persönliche Freiheit im engeren Sinn (durch „insbesondere“ in Abs. 2 suggeriert)	35
4.	Bewegungsfreiheit (in Abs. 2 explizit erwähnt)	35
III.	Normbefund	35
1.	EMRK: Art. 5 – Recht auf Freiheit und Sicherheit (s. auch Art. 4, 6 und 3 EMRK)	35
2.	UNO-Pakt II: Art. 9 (s. auch Art. 7 und 8 UNO-Pakt II)	36
IV.	Das Recht auf physische Integrität, Art. 10 Abs. 2 und 3 BV	37
1.	Schutzbereich	37
a)	Sachlicher Schutzbereich	37
b)	Persönlicher Schutzbereich	37
2.	Eingriff	37
3.	Rechtfertigung	37
a)	Gesetzliche Grundlage	37
aa.	Abgestufte Anforderungen an die Normebene je nach Eingriffsintensität	37
bb.	Anforderungen an die Normdichte (Bestimmtheitsmass der Norm)	37
b)	Öffentliches Interesse → Ansehen der Schweiz u.d.g.	37
c)	Verhältnismässigkeit	37
d)	Kernbereich	37
V.	Das Recht auf psychische Unversehrtheit, Art. 10 Abs. 2 (Auffanggrundrecht) und Abs. 3 BV	38
1.	Schutzbereich nach Art. 10 Abs. 2 BV	38
a)	Sachlicher Schutzbereich	38
b)	Persönlicher Schutzbereich	38
2.	Eingriff	38
3.	Rechtfertigung	38
a)	Gesetzliche Grundlage	38
b)	Öffentliches Interesse	38
c)	Verhältnismässigkeit	38
d)	Kerngehalt	38
VI.	Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit / Persönliche Freiheit i.e. Sinn	38
1.	Bedeutung	38
2.	Schutzbereich nach Art. 10 Abs. 2 BV	39
a)	Sachlicher Schutzbereich	39
b)	Persönlicher Schutzbereich	39
3.	Eingriff	39
4.	Rechtfertigung	40

a)	Gesetzliche Grundlage	40
b)	Öffentliches Interesse	40
c)	Verhältnismässigkeit	40
d)	Kerngehalt	40
VII.	Bewegungsfreiheit, Art. 10 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 31 BV.....	40
1.	Bedeutung.....	40
2.	Schutzbereich nach Art. 10 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 31 BV.....	40
a)	Sachlicher Schutzbereich	40
b)	Persönlicher Schutzbereich	40
c)	Grundrechtskonkurrenz	41
3.	Eingriff.....	41
4.	Rechtfertigung.....	41
a)	Gesetzliche Grundlage	41
b)	Öffentliches Interesse	41
c)	Verhältnismässigkeit	41
d)	Kernbereich	41
5.	EMRK.....	41
§ 8	Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV, Art. 115 BV).....	42
I.	Bedeutung.....	42
II.	Normbefund.....	42
III.	Die Niederlassungsfreiheit nach Art. 24 BV.....	43
1.	Schutzbereich.....	43
a)	Sachlicher Schutzbereich	43
b)	Persönlicher Schutzbereich	43
c)	Grundrechtskonkurrenzen	43
2.	Eingriffe.....	43
3.	Rechtfertigung.....	44
a)	Gesetzliche Grundlage	44
b)	Öffentliches Interesse	44
c)	Verhältnismässigkeit	44
§ 9	Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung.....	45
I.	Bedeutung.....	45
II.	Normbefund.....	45
III.	Ausweisungs- und Auslieferungsverbot gemäss Art. 25 Abs. 1 BV.....	45
1.	Schutzbereich.....	45
a)	Sachlicher Schutzbereich	45
b)	Persönlicher Schutzbereich	46
2.	Schutzbereichselemente für Ausländerinnen und Ausländer.....	46
IV.	Das Rückschiebungsverbot für Flüchtlinge (Art. 25 Abs. 2 BV).....	46
1.	Bedeutung.....	46
2.	Der Flüchtlingsbegriff.....	46
3.	Das Rückweisungsverbot.....	46
V.	Auslieferungs- und Ausschaffungsverbot bei drohender Folter oder grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung (Art. 25 Abs. 3 BV).....	47
1.	Schutzbereich.....	47
a)	Sachlicher Schutzbereich	47
b)	Persönlicher Schutzbereich	47
VI.	Bezüge zur EMRK und zum UNO-Pakt II.....	47

§ 10 Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot	48
I. Bedeutung der Rechtsgleichheit und des Diskriminierungsverbotes	48
II. Die Rechtsgleichheit.....	48
1. Normbefund.....	48
Gewährleistungsbereich	49
a) Schutzbereich	49
aa. Die Grundstruktur der Prüfung eines Gleichheitsrechts	49
bb. Persönlicher Schutzbereich	49
cc. Sachlicher Schutzbereich	49
b) Rechtfertigung	49
aa. Grundlagen	49
c) Grundrechtskonkurrenz	50
III. Diskriminierungsverbot	50
1. Normbefund.....	50
Art. 26 (s. oben)	51
2. Schutzbereich	51
a) Persönlicher Schutzbereich	51
b) Sachlicher Schutzbereich	51
c) Rechtfertigung	52
3. Gleiche Rechte für Mann und Frau	52
a) Zum Vergleich: Diskriminierung bei den politischen Rechten	52
b) Grundstruktur des Art. 8 Abs. 3 BV	52
c) Das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1	52
d) Gleichstellungsauftrag nach Art.8 Abs. 3 Satz 2	52
4. Anspruch auf gleichen Lohn gemäss Art. 8 Abs. 3 BV Satz 3.....	53
5. Die Beseitigung der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen nach Art. 8 Abs. 4 BV.....	53
§ 11 Schutz der Privatsphäre	54
I. Bedeutung.....	54
II. Normbefund	54
III. Schutzbereich und Eingriffe.....	55
1. Vorbemerkung zur historischen Entwicklung	55
a) Sachlicher Schutzbereich	55
b) Persönlicher Schutzbereich	55
2. Einzelne Schutzbereichselemente und korrespondierende Eingriffe	55
a) Achtung des Privatlebens	55
aa. Schutzbereich	55
bb. Eingriff	55
b) Achtung des Familienlebens	55
aa. Schutzbereich	55
bb. Eingriff	56
c) Achtung der Wohnung	56
aa. Schutzbereich	56
bb. Eingriff	56
d) Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs (Fernmeldeverkehr insb. Telegraf und Telefon)	56
aa. Schutzbereich	56
bb. Eingriff	57
e) Recht auf „Datenschutz“	57
aa. Schutzbereich	57
bb. Eingriff	57
3. Abgrenzung zu anderen Grundrechtsverbürgungen	57

IV. Rechtfertigung	57
1. Gesetzliche Grundlage	58
2. Öffentliches Interesse.....	58
3. Verhältnismässigkeit	58
4. Kerngehalte	58
§ 12 Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15).....	58
I. Bedeutung.....	58
II. Normbefund	58
III. Schutzbereich	60
1. Sachlicher Schutzbereich	60
2. Persönlicher Schutzbereich.....	61
3. Grundrechtskonkurrenzen	61
IV. Eingriffe	62
V. Rechtfertigung	62
1. Gesetzliche Grundlage	62
2. Öffentliches Interesse.....	62
3. Verhältnismässigkeit	62
4. Kerngehalt	62
VI. VI. EMRK in Grundzügen	62
§ 13 Meinungs- und Informationsfreiheit.....	63
I. Bedeutung.....	63
II. Normbefund	63
III. Schutzbereich	64
1. Sachlicher Schutzbereich	64
2. Persönlicher Schutzbereich.....	64
3. Meinungsfreiheit im Sonderstatusverhältnis	64
4. Verhältnis zu anderen Grundrechtsverbürgungen.....	64
IV. Eingriff.....	65
V. Rechtfertigung	65
1. Gesetzliche Grundlage	65
2. Öffentliches Interesse.....	65
3. Verhältnismässigkeit	65
4. Kerngehalt	65
VI. Grundzüge der EMRK	65
§ 14 Medienfreiheit	65
I. Bedeutung.....	66
II. Normbefund	66
III. Schutzbereich	67
1. Sachlicher Schutzbereich	67
a) Medienarten (nicht abschliessend):	67
b) Form: offen	67
c) Schutzzumfang:	67
d) Zusätzliche Absicherung:	67
2. Persönlicher Schutzbereich.....	67
3. Drittwirkung.....	67
4. Grundrechtskonkurrenz	67

IV. Eingriffe	68
V. V. Rechtfertigung	68
1. Gesetzliche Grundlage	68
2. Öffentliches Interesse.....	68
3. Verhältnismässigkeit	68
4. Kerngehalt	68
§ 15 Versammlungsfreiheit	68
I. Bedeutung.....	68
II. II. Normbefund	69
III. Schutzbereich	69
1. Sachlicher Schutzbereich	69
2. Persönlicher Schutzbereich.....	70
3. Grundrechtskonkurrenz	70
IV. Eingriffe	70
V. Rechtfertigung	70
1. Gesetzliche Grundlage	70
2. Öffentliches Interesse.....	70
3. Verhältnismässigkeit	70
4. Kerngehalt	71
VI. Grundzüge EMRK.....	71
§ 16 Eigentumsgarantie	72
I. Bedeutung.....	72
II. Normbefund	72
III. Grundrechtliche Funktionen	73
IV. Schutzbereich von Art. 26 BV.....	73
1. Sachlicher Schutzbereich	73
2. Persönlicher Schutzbereich.....	74
V. Eingriffe	74
VI. Rechtfertigung	74
a) Gesetzliche Grundlage	74
b) Öffentliches Interesse	75
c) Verhältnismässigkeit	75
d) Kerngehalt	75
2. Enteignung	75
a) Formelle Enteignung	75
b) Materielle Enteignung	75
VII. EMRK in Grundzügen	76
§ 17 Wirtschaftsfreiheit	78
I. Bedeutung.....	78
II. Normbefund	78
III. Funktionen nach Art. 27 und 94 BV.....	79
IV. Schutzbereich	79
1. Sachlicher Schutzbereich	79
2. Persönlicher Schutzbereich.....	81
3. Grundrechtskonkurrenz	81
V. Eingriffe	81

VI. Rechtfertigung	81
1. Schranken nach Art. 36 und 94 BV	81
2. Gesetzliche Grundlage	82
a) Grundsatzkonforme Eingriffe → „normale“ Anwendung von Art. 36	82
b) Auf die BV gestützte grundsatzwidrige Eingriffe (Art. 94 Abs. 4 BV)	82
c) Auf kantonale Ausnahmen gestützte grundsatzwidrige Eingriffe (Art. 94 Abs. 4 BV)	82
d) Sonderfall: Ausübung der Wirtschaftsfreiheit auf öffentlichem Grund	82
3. Öffentliches Interesse	82
a) Grundsatz- oder system <i>konforme</i> öffentliche Interessen	82
b) Grundsatz- oder system <i>widrige</i> öffentliche Interessen	82
4. Verhältnismässigkeit	82
5. Kerngehalt	83
a) Individual-rechtliche Funktion	83
b) Wirtschaftspolitische Funktion	83
§ 18 Allgemeine Verfassungsgrundsätze	84
I. Willkürverbot und Wahrung von Treu und Glaube	84
1. Bedeutung	84
2. Normbefund	84
3. Das Willkürverbot, Art. 9 BV	84
a) Schutzbereich	84
aa. Sachlicher Schutzbereich	84
bb. Persönlicher Schutzbereich	85
cc. Grundrechtskonkurrenz	85
b) Rechtfertigung	85
c) Kerngehalt	85
4. Treu und Glauben, Art. 9 BV	85
a) Schutzbereich	85
aa. Sachlicher Schutzbereich	85
bb. Persönlicher Schutzbereich	85
b) Rechtfertigung nach Art. 36 BV	86
c) Kerngehalt	86
II. Grundsätze der Besteuerung	86
1. Entstehung und Bedeutung	86
2. Normbefund	86
3. Legalitätsprinzip (Art. 127 Abs. 1 BV)	86
4. Steuerrechtliche Prinzipien (Art. 127 Abs. 2 BV)	86
a) Allgemeinheit der Steuer	87
b) Gleichmässigkeit der Besteuerung	87
c) Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit	87
5. Doppelbesteuerungsverbot (Art. 127 Abs. 3 BV)	87
a) Bedeutung und Funktion	87
b) Schutzbereich	87
aa. Sachlicher Schutzbereich	87
bb. Persönlicher Schutzbereich	87
§ 19 Verfahrensgarantien	88
I. Bedeutung	88
II. Normbefund	88
III. Allgemeine Vorbemerkungen zu Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung	91
1. Schutzbereich	91
a) Sachlicher Schutzbereich	91

b)	Persönlicher Schutzbereich	92
2.	Eingriff	92
3.	Rechtfertigung	92
4.	Rechtsfolgen einer Verletzung	92
a)	Aufhebung des Entscheides unter Vorbehalt der Heilung	92
b)	Andere kompensatorische Massnahmen	92
c)	Nichtigkeit?	93
IV.	Allgemeine Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV	93
1.	Anspruch auf gerechte (fair) und gleiche Behandlung	93
a)	Verbot der formellen Rechtsverweigerung	93
b)	Anspruch auf richtige Zusammensetzung und Unparteilichkeit der entscheidenden Behörde	93
c)	Grundsatz der Waffengleichheit	93
d)	Treu und Glauben im Prozess	93
2.	Anspruch auf rechtliches Gehör	93
a)	Anspruch auf vorgängige Äusserungen und Mitwirkung im Verfahren (rechtliches Gehör i.e.S.)	93
b)	Recht auf Akteneinsicht	93
c)	Recht auf Entscheidbegründung	93
d)	Anspruch auf Rechtsbeistand	93
e)	Recht auf ein Verfahren in der Muttersprache?	93
3.	Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege	94
V.	Rechtsweggarantie	94
1.	Bedeutung und Funktion	94
2.	Schutzbereich	94
a)	Grundsatz	94
b)	Rechtsweggarantie als Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes	94
c)	Spezifischer Rechtsschutz beim Freiheitsentzug und in Strafsachen	94
3.	Einschränkungen	94
VI.	Garantie des verfassungsmässigen Richters	94
VII.	Verfahrensgarantien bei Freiheitsentzug	94
VIII.	Garantien im Strafverfahren	94
§ 20 Soziale Grundrechte		94
I.	Bedeutung und Funktion	94
II.	Rechte von Kindern und Jugendlichen nach Art. 11 Abs. 1 BV	95
1.	Normbefund	95
2.	Schutzbereich	95
a)	Sachlicher Schutzbereich	95
aa.	Grundsatz	95
bb.	Schutz der Unversehrtheit	95
cc.	Förderung der Entwicklung	95
dd.	Ausübung von Rechten	95
b)	Persönlicher Schutzbereich	95
III.	Anspruch auf Grundschulunterricht nach Art. 19 BV	95
1.	Normbefund	95
2.	Schutzbereich	97
a)	Sachlicher Schutzbereich	97
b)	Persönlicher Schutzbereich	97
3.	Eingriffe und Rechtfertigung	97
IV.	Recht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV	98
1.	Normbefund	98
2.	Schutzbereich	98

a)	Sachlicher Schutzbereich	98
b)	Persönlicher Schutzbereich	99
3.	Kerngehalt	99

Vorlesung vom 19.02.2008

Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.

§ 1 Funktionen und Entwicklung der Grundrechte

- ✓ **Lesehinweis:** Kiener/Kälin, Grundrechte, § 1, S. 2-9; § 3 und 4, S. 22-50
- ✓ **Lesematerialien:** Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 7, Rn. 1-15; Alfred Kölz, Geschichtliche Grundlagen, In: Thürer/ Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, §7, S. 111-126

I. Einführung

II. Funktionsweise und Arten der Grundrechte

1. Vergleich zivilrechtliche Rechtsansprüche – Grundrechte

- Zivilrechtliche Rechtsansprüche
- Grundrechte
 - ↳ Obwohl ein Grundrecht besteht, kann der Staat eingreifen, doch muss er eine **Begründung** (Rechtfertigen) für den Eingriff haben und er muss sich **angemessen** verhalten.
 - ↳ Grundsätzlich muss der Staat stets erwägen, was und wie er handelt (Polizei kann nicht machen was sie will).
 - ↳ Es muss ein Ausgleich gesucht werden zwischen dem Staat und dem schützenswerten Interessen des Bürgers.

2. Struktur der Grundrechtsprüfung

a) Dreistufiger Prüfungsaufbau (Freiheitsrecht)

- Schutzbereich
- Eingriff
- Rechtfertigung

b) Zweistufiger Aufbau (Gleichheitsrechte)

- Bildung von Vergleichsgruppen
- Rechtfertigung der gleichen / unterschiedlichen Behandlung

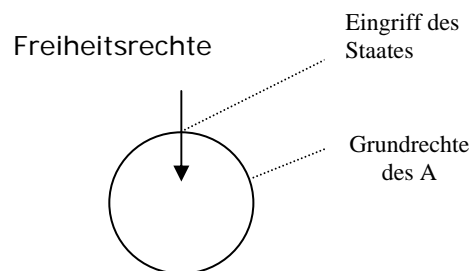
3. Funktionen und Arten von Grundrechten

a) Grundlagen

aa. Freiheitsrechte

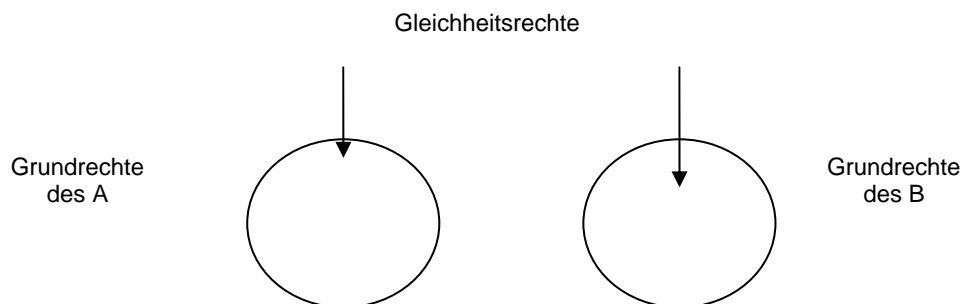
- positive Freiheit
 - ↳ Ich will etwas tun und möchte darin geschützt werden
- negative Freiheit
 - ↳ Ich will gar nichts tun, der Staat soll mich in Ruhe lassen

Schaubild: Beeinträchtigung von Freiheitsrechten



bb. Gleichheitsrechte

Schaubild: Beeinträchtigung von Gleichheitsrechten



z.B. adäquate Steuerpolitik

b) Unterschiede nach dem hauptsächlichen Schutzzweck

aa. Freiheitsrechte

bb. Soziale Grundrechte

↳ Z.B. Ausbildung

cc. Politische Grundrechte

↳ Partizipation an Wahlen
↳ Versammlungsteilnahme

dd. Rechtsstaatliche Garantien

Bsp.:

- Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)
- Willkürverbot (Art. 9 BV)

- ↳ Der einzelne darf klagen → Subjektivierung (nicht nur der Staat kann einklagen, sondern jedes einzelne Rechtssubjekt)
- Treu und Glauben (Art. 9 BV)
 - ↳ Der Einzelne darf klagen → Subjektivierung (nicht nur der Staat kann einklagen, sondern jedes einzelne Rechtssubjekt)
- ee. Verfahrensgrundrechte**
 - objektiv-rechtliche Dimension der Grundrechte
- c) Unterschiede nach der hauptsächlichen Anspruchsrichtung**
 - aa. Abwehrrecht**
 - Sog. status negativus
 - bb. Leistungsrecht**
 - Sog. status positivus
 - ↳ Z.B. Teilnahme am Kindergarten
 - cc. Teilhaberechte**
 - Sonderfall: sog. status activus
 - ↳ Z.B. Volksentscheid, Betroffener krieg nicht die ihm zustehende Leistung. Der Staat schüttet Subventionen aus. Landwirtschaftsbetrieb kann geltend machen, dass er auch in den Genuss von Subventionen kommen will.
 - dd. Gewährleistungspflichten**
 - Objektive Wertordnung?
 - ↳ Objektive Gewährleistungspflicht des Staates und Rechte der Mutter auf der gleichen Stufe → wird gemacht um den Fötus zu schützen.
- d) Unterschiede nach der Kodifizierung**
 - Geschriebene Grundrechte
 - Ungeschriebene Grundrechte

III. Historische Entwicklung unter der Berücksichtigung der Funktionen

1. Grundrechte als Ausdruck gesellschaftlicher Entwicklungen

2. Monarchie: Abwehrfunktion und Verfahrensgrundrechte

- ↳ Alleinherrschaft (Gegenteil von Republik)
- ↳ parlamentarische Monarchie / konstitutive Monarchie / absolute Monarchie
- ↳ Wahlmonarchie oder Erbmonarchie

a) Englische Verfassungstradition

aa. Magna Charta 1215 (grosser Freiheitsbrief)

- ↳ Abwehrrechte als **erste Grundrechte** → das Recht auf den eigenen Körper
- ↳ Mittelalterlicher Freiheitsbrief

- gilt als die wichtigste englische verfassungsrechtliche Rechtsquelle
- die Magna Charta verbriefte grundlegende politische Freiheiten des Adels

bb. Petition of Rights 1628

- ↳ Schutz der willkürlichen Akte

cc. Habeas Corpus Akte 1679

- ↳ Max. drei Tage Haft, bis der Beschuldigte dem Richter vorgeführt wird.
- Wirkung bis heute

dd. Bill of Rights 1689

b) Rechtsphilosophische Ansätze:

- Thomas Hobbes
- John Locke
 - ↳ Tomas Hobbes ⇒ der Mensch ist des Menschen Wolf
 - ↳ John Locke ⇒ Grundrechte begrenzen Staatsgewalt

3. Demokratie /Republik: Gleichheit und demokratische Grundrechte

a) Virginia Bill of Rights 1776

- ↳ US-Amerikanische Verfassung

b) Französische Menschenrechtserklärung 1789

- ↳ Ist heute noch geltendes Recht

4. Entwicklung in der Schweiz bis 1999

a) Helvetische Verfassung 1798

Grundrechtliche Postulate

b) Mediation und Restauration: 1803

Rückkehr zum Staatenbund (**mehr Autonomie den Kantonen**): Individuelle Freiheit, Gewaltenteilung, Demokratie und Gleichheit wurden **substantiell entleert**.

c) Regeneration und Entwicklung zum Bundesstaat: 1830

Rückkehr zum helvetischen Gedankengut, Freiheitsrechte wie die persönliche Freiheit, die Pressefreiheit, die Niederlassungsfreiheit die Handels- und Gewerbefreiheit, die Religionsfreiheit und die Eigentumsfreiheit in den liberalen Kantonsverfassungen festgeschrieben.

- starke Gewichtung der wirtschaftlichen Freiheiten

d) Bundesverfassung 1848

Umformung von Staatenbund in einen liberalen Bundesstaat: Nur **punktueller Grundrechtsgarantien**

e) Totalrevision der BV 1874:

10 Grundrechte: Handels- und Gewerbefreiheit, Glaubens- und Gewissensfreiheit, Niederlassungsfreiheit, Kultusfreiheit, Ehefreiheit, Pressefreiheit, Vereinsfreiheit, Petitionsfreiheit; Anspruch auf unentgeltlichen Primarunterricht

f) Seit 1959

Erweiterung des Grundrechtskatalogs durch die Anerkennung der **ungeschriebenen Freiheitsrechte**, Einführung der **persönlichen Freiheit**, die **Sprachenfreiheit**, die **Meinungsäusserungsfreiheit** und **Versammlungsfreiheit** und 1995 des sozialen Grundrechts „**Recht auf Hilfe in Notlagen**“

g) Bundesverfassung 1999

Umfassender Grundrechtskatalog; inhaltlich Anschluss an die Entwicklung im internationalen Recht und rechtsvergleichend im Staatsrecht.

Warum hat man in der Schweiz lange Zeit keine wirklichen Grundrechte formuliert, obwohl wir andere Prinzipien wie das Demokratieprinzip kennen?

↳ Die grösste **Macht war in den Kantonen** → gibt dem Bund nicht zuviel Macht, wenn dieser nicht sehr stark ist, wird die **Kantonsautonomie** gestärkt. Es braucht auch nicht viele Grundrechte auf Bundesebene, weil der Bund ja schwach ist. Man verankerte viele Grundrechte deshalb auf Kantonsstufe.

Vorlesung vom 26.02.2008

Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.

§ 2 Rechtsquellen

- ✓ **Lesehinweis:** Kiener/Kälin, Grundrechte, § 2, S. 10-21
- ✓ **Lesematerialien:** Pierre Tschannen, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004 § 11, Rn. 22-44; Mark E. Villiger, EMRK und UNO-Menschenrechtspakte, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, §40, S. 647-656
- ✓ **Rechtsprechung:** BGE 121 I 367, S. 370; BGE 121 I 196, S. 200; BGE 123 IV 236, 248 f.; BGE 101 IA 67 S. 69

I. Rechtsquellen

- Bundesverfassung, inkl. Richterrecht
- Kantonsverfassungen (→ in der Vorlesung nicht behandelt)
- Internationale Menschenrechtsverbürgungen (Ratifikation → wir befassen uns lediglich mit den ratifizierten)
 - ↳ Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)
 - ↳ UNO-Menschenrechtspakt über politische und bürgerliche Rechte

1. Bundesverfassung

a) Überblick

aa. Geschriebenes Verfassungsrecht

- Stellung der Grundrechte → Fundament unserer Bundesverfassung
- Stellung der Menschenwürde
- Weitere Freiheitsgrundrechte
- Verfahrensrechte
- Soziale Grundrechte
- Politische Rechte
- Allgemeine Bestimmungen

Verfassungsmässige Rechte ausserhalb des Grundrechtskatalogs:

- Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV)
- Das Legalitätsprinzip im Steuerrecht (Art. 127 Abs. 2 BV)
- Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung (Art. 127 Abs. 2 BV)

bb. Ungeschriebene Grundrechte

Voraussetzungen:

- Voraussetzung für die Ausübung anderer Grundrechte oder unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes.
- Entspricht einer weit verbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen.
- Von allgemeinem Konsens getragen.

b) Wirkungen der Bundesgrundrechte

- Verhältnis zum kantonalen Recht: Art. 49 Abs. 1 BV
- Verhältnis zum Bundesrecht **Nur Feststellung der Verfassungswidrigkeit**
 - Bundesgesetze: Art. 190 BV
 - Demokratie vs. Rechtsstaat?
 - Rechtsstaat (Normhierarchie)
 - Demokratieprinzip
 - Bundesstaatsprinzip
 - Gewaltenteilung
 - Bundesverordnungen und Verwaltungsentscheide von Bundesbehörden

Art. 190 BV

Demokratie

- ↳ Bund
sung)
- ↳ Demokratie
sung)
- ↳ Gewaltenteilung

Rechtsstaat?

- ↳ Rechtsstaat (Verfas-
sung)
- ↳ Demokratie (Verfas-
sung)

Plakativ gesagt steht das Demokratie- dem Rechtsstaatsprinzip gegenüber. Die beiden Prinzipien kommen jedoch miteinander - Hand in Hand – zur Anwendung.

Art. 190 Massgebendes Recht

Bundesgesetze und Völkerrecht sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

- ↳ laut dem Gesetzestext steht eigentlich nur, dass Gesetze betroffen sind, nicht aber Verordnungen und Ausführungsbestimmungen.
- ↳ wäre jedoch praxisuntauglich, weil in der Praxis Verwaltungsentscheide zum Tragen kommt. Deshalb ist es unentbehrlich die auch die Verwaltungsentscheide und Verordnungen unter diese Verfassung zu subsumieren. Die aus dem entsprechenden Bundesgesetz abgeleiteten Verordnungen und Verwaltungsentscheide müssen auch unter Art. 190 BV fallen.
 - siehe Schema 2
 - Bundesgericht kann also nicht Verwaltungsentscheide aufheben, wenn es sich auf ein Bundesgesetz bezieht. Es kann lediglich feststellen.

2. Kantonale Verfassungen

a) Überblick und Beispiele

- Art. 17 Abs. 3 KV-BE

b) Wirkungen

- Verhältnis zum kantonalen Recht

3. Internationale Rechtsquellen

a) Internationale Menschenrechtsverbürgungen als Prüfungsmassstab des BGer

- Normative Grundlage: Art. 190 BV, Art. 5 Abs. 4 BV
- Entwicklung des Vorrangs des Völkerrechts
 - Monismus / Dualismus
 - Adoptionslehre / Transformationslehre
 - Self-executing (unmittelbare Anwendbarkeit)
 - Vorrang des Völkerrechts nach Art. 5 Abs. 4 BV
 - Sog. Schubert-Praxis
- Völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts
- Das Bundesgericht zur Bedeutung der EMRK

b) Praktische Konsequenzen

II. Historischer Überblick über den internationalen Menschenrechtsschutz

1. Wiener Kongress 1815

2. Humanitäres Völkerrecht

3. Minderheitenschutz

4. UN-Charta 1945

5. EMRK 1950

- Nicht umfassend
- Laufend ergänzt in Zusatzprotokollen

6. UNO-Pakte I und UNO-Pakte II von 1966

- Self executing?

Vorlesung vom 29.02.2008

Assistent von Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.

§ 3 Prüfungsstruktur und Rechtfertigungserfordernisse

- ✓ **Lesehinweis:** Kiener/Kälin, § 5-7, S. 51-65, § 9, S. 75-109
- ✓ **Lesematerialien:** Markus Schefer, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlichen Aufgaben, AJP 2002, S. 1131-1143
- ✓ **Rechtsprechung:** BGE 127 I 84, S. 90; BGE 86 II 365, S. 376; BGE 126 II 300, S. 314;
- ✓ BGE 125 I 361; BGE 118 IA 245, S. 248; BGE 123 I 221, S. 226;
- ✓ BGE 126 I 112, S. 118; BGE 111 IV 113, S. 118

Einführung:

Wozu braucht man Dogmatik? Rationalisierungsfunktion der Grundrechte

- Verteilung von Argumentationsregeln (Darlegungs- und Beweislast)

Beispiel:

- Schutzbereich/Gewährleistungsbereich
- Eingriff
- Rechtfertigung

I. Schutzbereich

Persönlich (welche Personen?) – sachlich (welcher Lebenssachverhalt?)

1. *Persönlicher Schutzbereich*

a) **Natürliche Personen**

- Grundrechtsträgerschaft grundsätzlich ab Geburt
 - Schutz vor der Geburt
 - Kein postmortaler Persönlichkeitsschutz:
 - Schutz des Andenkens
 - Verfügungen zu Lebzeiten (objektiv-rechtliche Schutzpflicht).
- ↳ Tote können nicht Träger von Grundrechten sein (kein postmortaler Persönlichkeitsschutz)
- ↳ Schutz des Andenkens ist jedoch möglich (Angehörige können auf Verletzung ihrer Persönlichkeitsverletzung klagen).
 - ↳ Verfügungen die vor dem Tod getroffen worden sind, sind für die Behörden bindend.

b) Minderjährige

- Grundrechtsträgerschaft
- Grundrechtsmündigkeit
 - ↳ Grundsätzlich sind Kinder Träger von Grundrechten ⇒ doch können Kinder damit oft nicht viel anfangen. Deshalb gibt es eine Grundrechtsmündigkeit.

c) Juristische Person

- Mensch – Person?
- „Dem Wesen nach anwendbar“?
- Beispiele
- Privatrecht – Öffentliches Recht

Juristische Person ist ein Rechtssubjekt, das aufgrund gesetzlicher Anerkennung rechtsfähig ist, das heisst, selber Träger von Rechten und Pflichten sein kann.

- ↳ im Zivilrecht einfach ⇒ AG, GmbH etc. z.B. kann die Fluggesellschaft eingeklagt werden (nicht die Geschäftsleitung)
- ↳ können JP Träger von Rechten und Pflichten sein?
 - ↳ es kommt drauf an: Rechtsgleichheit grundsätzlich gegeben. Wirtschaftsfreiheit, Eigentumsfreiheit etc. ABER nicht z.B. Versammlungsfreiheit. Frage für Entscheidung: Macht das Sinn? Wie ist es mit der Religionsfreiheit? Religionsfreiheit ist in der CH auch für juristische möglich.
- ↳ JP des öffentlichen Rechts geniessen grundsätzlich keinen Schutz
 - ↳ Ausnahmen: Z.B. wenn Kanton sagt, für die Uni die nötigen Gelder nicht mehr gesprochen werden → Auswirkungen wären derart einschneidend, dass man sich allenfalls auf die Grundrechte berufen könnte

d) Ausländerinnen/Ausländer

- Menschenrechte – Bürgerrechte
 - Politische Rechte Art. 34 BV, Niederlassungsfreiheit Art. 24 BV, Schutz vor Ausweisung aus der Schweiz (Art. 25 Abs. 1 BV), Diskriminierungsverbot aufgrund des Bürgerrechts (Art. 37 Abs. 2BV)
- Besonderheiten für EU-Ausländerinnen und –Ausländer
 - ↳ wie ist es mit den Ausländern? ⇒ Grundrechte gelten für alle Menschen.
 - ↳ aus diesen Gründen wurden die **Bürgerrechte** geschaffen (diese zählen ausschliessliche für die Bürger des entsprechenden Staates).
 - ↳ Wenn durch Konventionen legitimiert, können die Grenzen weiter gefasst werden als für einen Staat (→ bilaterale Verträge CH – EU räumen den EU-Bürgern je nach Verhandlungsgegenstand gleiche Rechte ein).

e) Sonderstatusverhältnisse:

- Besondere Nähebeziehung zum Staat: Schüler, Soldaten, Strafgefangene, Beamte.
- Grundsätzliche Geltung der Grundrechte
- Modifikationen bei den Schranken (Rechtfertigung)
 - ↳ Einsicht/Kontrolle ist einfacher möglich. Z.B. unterstehen Polizisten gewissen Einschränkungen was z.B. die Versammlungsfreiheit betrifft.

2. **Sachlicher Schutzbereich**

↳ Was ist geschützt?

- Lebenssachverhalt
- Anschauung bzw. rechtliche Konstruktion
 - ↳ rechtliche Institute (Ehe, Familie, Eigentum)

3. **Grundrechtskonkurrenz**

- Regelmässig Idealkonkurrenz (durch ein Handeln werden entweder mehrere Tatbestände nebeneinander oder der gleiche mehrmals erfüllt)
- Ausnahmsweise Spezialität → unechte Idealkonkurrenz: der Grundtatbestand wird verdrängt, wenn das Verhalten einen qualifizierenden oder privilegierenden Tatbestand erfüllt. Ein Sonderfall ist der zusammengesetzte Tatbestand, der mehrere auch für sich alleine strafbare Verhaltensweisen umfasst.
- Praxis des BGer bei Freiheitsgrundrechten

II. **Eingriff**

1. **Adressaten der Grundrechte (Verpflichtete)**

a) **Staatliche Organe**

- Art. 35 Abs. 2 BV
- Ausgangspunkt: Abwehr staatlicher Eingriffe
- Hintergrund: Schutzfunktion vor Machtmissbrauch

i. **Gesetzgeber**

- Kantonaler Gesetzgeber
- Bundesgesetzgeber: Art. 190 BV
 - ↳ hat rel. grosser Gestaltungsfreiraum. Die Grundrechte setzen dem Gesetzgeber jedoch Schranken. Beispiel Überwachung von öffentlichen Plätzen ⇒ je dermann wird gefilmt ⇒ je nach Intensität werden Schranken gesetzt.

bb. **Regierung und Verwaltung**

cc. **Justiz**

Zwei Instrumente

↳ Grundrechtskonforme Auslegung → Gericht kann keine Auslegungsmethode wählen, die Verfassungswidrig ist.

b) **Privatrechtliches Handeln des Staates**

- Grundsätzlicher Ausschluss des Privatrechts
- Gefahren einer formalen Sichtweise
- Art. 35 Abs. 2 BV

c) **Drittwirkung:**

- Bindung Privater: Gefahren gesellschaftlicher Macht

- Lösungswege:
 - Mittelbare Drittwirkung, vgl. Art. 35 Abs. 3 BV (ist in der CH die Ausnahme)
 - ↳ **Spielraum für die Behörden**
 - Unmittelbare Drittwirkung: Art. 8 Abs. 3 Satz 3 BV; Art. 17 Abs. 3 BV; Art. 28 Abs. 3 BV

d) Staatliche Schutzpflichten:

Gefahrenlage: Risiken oder Beeinträchtigungen, die von Dritten ausgehen (Zusammenhang zur Drittwirkung); allgemein Vorkehrungen (Verfahren usw.)

- ↳ **Beispiel finaler Rettungsschuss (Polizist erschießt Geiselnnehmer um das Rechtsgut auf Leben der Geiseln zu retten) oder Raucherschutz.**

Begründung umstritten:

- Subjektiv-rechtlicher Ansatz (Kiener/Kälin, Grundrechte, S. 34 ff.)
- Objektive wertentscheidende Grundsatznormen (Art. 35 BV): Ziel- und Programmgehalte über den subjektiv-rechtlichen Schutzbereich hinaus
- Ansatz des BGer
- Andere Ansätze:
 - BVerfG: objektive Wertordnung
 - EGMR: positive Schutzpflicht oder Folgerung aus Abwehrrecht?

2. Eingriffsbegriff

Reduktion grundrechtlicher Gewährleistung

- Verhältnis zum Schutzbereich
- Tun oder Unterlassen
- Schwelle der blossen Belästigung

Bsp: Polizei versucht Umfall zu sichern (Polizist verweist Schaulustige ⇒ Verfügung). Damit er die Leute verweist, kann er seine Arbeit besser verwirklichen.

3. Eingriffsformen

- Rechtsförmlich Akte (meist unmittelbar durch staatliche Massnahme). Z.B. individuelle Verfügung oder generell-abstrakter Rechtssatz.
 - ↳ z.B. Wegweisen der Schaulustigen
- Faktisches Handeln
 - ↳ Realakte, z.B. wenn der Schaulustige nicht weggeht und der Polizist das Weggehen mit z.B. Polizeiknüppel erzwingen kann.
 - ↳ Z.B. Kruzifix, Einführung sektenkritisches Buch

4. Grundrechtsverzicht

Verzicht grundsätzlich nicht möglich.

- Tatsächliche Nichtausübung (z.B. kein Rechtsmittel eingelegt)
- Rechtlicher Verzicht?

III. Rechtfertigung, Art. 36 BV (Überblick)

1. Grundstruktur

4 Voraussetzungen nach **Art. 36 BV**

- Gesetzliche Grundlage
- Öffentliches Interesse
- Verhältnismässigkeit
- Kerngehalt
 - ↳ Art. 36 BV ist die Rechtfertigungsprüfung → in Art. 36 BV ist alles enthalten.
Wichtig: in Art. 36 BV sind nur die **Freiheitsrechte** begriffen (ist zwar die Mehrzahl, doch eben nicht abschliessend)
 - ↳ Eingriff nicht gleich Verletzung!

Inhaltliche Bezogenheit auf Freiheitsrechte: weitere Prüfungsschemata erforderlich bei

- Gleichheitssatz
- Willkürverbot
- Sozialen Grundrechte

2. Gesetzliche Grundlage, Art. 36 Abs. 1 BV

Warum brauche ich eine gesetzliche Grundlage

- ↳ Rechtsgleichheit ⇒ Gesetz gilt für alle Bürger gleichermassen
- ↳ Rechtssicherheit
- ↳ Demokratische Legitimation ⇒ nur das Parlament kann Grundrechte wieder einschränken (weil er demokratisch Legitimiert ist).

Vergleich mit dem EMRK-Katalog ist interessant ⇒ ähnliche Zusammenstellung (siehe hinten unter Punkt 6)

a) Überblick:

- Art. 36 Abs. 1 BV
- Bezug zum Legalitätsprinzip nach Art. 5 BV (gesetzliche Grundlage)
- Verhältnis Grundrechte – Demokratie
- 2 Prüfungsstufen:
 - Normstufe (Gesetzesvorbehalt / Delegation) und
 - Normdichte (Bestimmtheitsgebot)
„Je stärker der Eingriff, umso höher die Anforderungen“
- ↳ sowohl formelle wie auch materielle Gesetze unterliegen dem Bestimmtheitsgebot.

b) Der Gesetzesvorbehalt

Rechtssatzmässige Grundlage: Gesetz im materiellen Sinn (abstrakt-genereller Rechtssatz)

Ziele:

- Rechtsgleichheit

- Rechtssicherheit (Vorhersehbarkeit)
- Ausreichende Steuerung der Verwaltung (Flexibilität)
- Sicherung demokratischer Legitimation

Nicht schwerwiegende Grundrechtseingriffe:

Alle Normstufen zulässig: Verfassung im formellen Sinn, Gesetz im formellen Sinn oder Verordnung.

- Grundsätze der Gesetzesdelegation (Bezug zum Staatsorganisationsrechts / Gewaltenteilung)

Anforderungen an die Normdichte:

- Bestimmtheitsgebot: Abwägung mit anderen Belangen

Elemente:

- Voraussehbarkeit
- Rechtsgleichheit
- Fragliche Materie

c) Der Parlamentsvorbehalt bei schweren Grundrechtseingriffen:

- Schwerwiegender Eingriff verlangt Parlamentsgesetz (Normstufe) und
- Höhere Anforderungen an die Normdichte (Bestimmtheitsgebot)

Ziel:

- Sicherung demokratischer Legitimation

Definition des schwerwiegenden Eingriffs (Abgrenzung):

- BGE 99 Ia 262, (allerdings zum Sonderstatusverhältnis)
 - Klare und eindeutige Regelung, vermittelt Handlungsanweisungen
 - Vorhersehbar
 - Konkret genug, um gleiche Fälle im Einzelfall gleich hand zu haben.
 - Konkret genug, um Grundrechtseingriff überprüfen zu können

d) Sonderfall: Die polizeiliche Generalklausel:

- Formelles Gesetz aber Relativ geringe Normdichte
- Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV: polizeiliche Generalklausel als Anwendungsfall
- Grenzen des Einsatzes: Vorhersehbare, wiederkehrende Gefahren

3. Öffentliches Interesse, Art. 36 Abs. 2 BV

- Überwiegendes öffentliches Interesse (z.b. raumplanerische Anliegen) oder
- Schutz von Grundrechten Dritter (Grundrechtskollision)
 - Bsp.: BGE 127 I 6; BGE 123 IV 202
 - Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage? Botschaft BR zum VE 96, S. 196

4. **Verhältnismässigkeit, Art. 36 Abs. 3 BV**

- Allgemeine Vorgabe für staatliches Handeln: Art. 5 Abs. 2 BV
- Grundrechtsspezifische Ausprägung: Art. 36 Abs. 3 BV

a) **Geeignetheit**

Jede Förderung des Zweckes reicht aus

↳ Muss tauglich sein, um das Ziel zu erreichen. Die Anforderungen sind aber relativ gering.

b) **Erforderlichkeit (Notwendigkeit)**

Es darf nur das Mittel zum Einsatz kommen, das bei gleicher Zweckförderung am wenigsten in das Grundrecht eingreift

↳ Das Mittel muss das relativ mildeste sein. Der Staat muss jenes Mittel wählen, welches am wenigsten einschneidend ist.

c) **Verhältnismässigkeit im engeren Sinn**

Abwägung / Zweck-Mittel-Relation

↳ Angemessenheit

↳ **Kirschbaumfälle** → Kind klettert auf Baum. Bauer sieht das, kann als Querschnittgelähmter dem Kind nicht nachklettern. Schiesst Kind vom Baum mit Schrotflinte.

5. **Schutz des Kerngehalts, Art. 36 Abs. 4 BV**

- Absolut geschützter Minimalgehalt eines Grundrechts
- Keine Rechtfertigung möglich
- Ermittlung

was es genau ist, weiss eigentlich niemand recht. In der Praxis wird oftmals der **Kernbereich argumentativ umgangen**. Es gibt jedoch typische Kernbereiche (z.B. Leben). Wenn Todesstrafe bejaht würde, wäre der Kernbereich betroffen und entsprechend das Grundrecht verletzt.

Zum Vergleich: EMRK:

- Ausdrücklicher Ausschluss einer Rechtfertigung: Art. 3 EMRK
- Notstandsfeste Grundrechte? Art. 15 Abs. 2 EMRK
- Im Übrigen umstritten

6. **Vergleich der Prüfungsstruktur mit der EMRK**

CH:

1. Gesetzliche Grundlage
2. Öffentliches Interesse
3. Verhältnismässigkeit:
 - Geeignetheit
 - Erforderlichkeit
 - Verhältnismässigkeit i.e. Sinn

EMRK:

1. Gesetzliche Grundlage
2. Legitimes Ziel
3. Verhältnismässigkeit:
 - Geeignetheit
 - Notwendigkeit
 - Verhältnismässigkeit i.e. Sinn

(Zumutbarkeit)

4. Kerngehalt

4. (Umstritten)

Vorlesung vom 04.03.2008

Assistent von Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.

§ 4 Rechtsschutz bei Grundrechtsverletzungen

- ✓ **Lesehinweis:** KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 8, S. 66-74
- ✓ **Lesematerialien:** HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Justizreform, Supplement zur 6. Auflage des «Schweizerischen Bundesstaatsrechts», § 64, S. 15-40

I. Allgemeines

Auftrag: Art. 35 BV

- BG: kein eigentliches Verfassungsgericht
- Dezentrales Verfassungsgerichtssystem (diffuses System)

II. System des Grundrechtsschutzes in der Schweiz

Zweiteilung hängt mit der Gewaltenteilung zusammen. Recht auf den gesetzlichen Richter. Es ist im Gesetz vorgeschrieben, welcher Richter zuständig ist.

1. Grundrechtsschutz durch das Bundesgericht

- Art. 189 BV: Bundesgerichtsgesetz (BGG SR 173.110)
- Verletzung von **Bundesrecht**, **Völkerrecht** und **kantonalen** verfassungsmässigen Rechten
 - ↳ umfassende Zuständigkeit in diesen Bereichen durch das Bundesgericht

2. Grundrechtsschutz durch die Kantone

diffuser Grundrechtsschutz

- Öffentlich-rechtliche Beschwerde gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide (Art. 82 ff. BGG)

III. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und deren Voraussetzungen

heute eine Beschwerde!

- Früher: staatsrechtliche Beschwerde und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde
- Justizreform 2000; BGG 2007
- Zulässigkeit (Eintretensvoraussetzungen) – Begründetheit

Überblick Prüfungsaufbau:

1. Anfechtungsobjekt ⇒ **Entscheid, Erlass** (also ein klarer Gegenstand)
2. Vorinstanzen ⇒ **alle Vorinstanzen** müssen durchlaufen sein.
3. Beschwerdegründe ⇒ **welcher Verstoss** ist betroffen. Es müssen solche Beschwerdegründe vorgetragen werden, welche auch tatsächlich für das Bundesgericht zuständig ist.
4. Beschwerderecht des Beschwerdeführers ⇒ es heisst nicht immer wenn ein **Grundrecht verletzt** ist, man Klagen kann. Es braucht einer Verletzung eines Interessens.
5. Beschwerdefrist ⇒ **Fristen** müssen eingehalten werden! Sonst ist der Zug abgefahren.
6. Form und Inhalt ⇒ **Inhalte und Gründe** angeben! Beschwerdegründe müssen klar angebracht werden.

1. **Anfechtungsobjekt (Art. 82 BGG)**

Art. 82 Grundsatz

Das Bundesgericht beurteilt Beschwerden:

a. gegen **Entscheide** in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts;

b. gegen **kantonale Erlasse**;

c. betreffend die **politische Stimmberechtigung der Bürger** und Bürgerinnen sowie betreffend **Volkswahlen und –abstimmungen**.

Beschwerde gegen das Bundesverwaltungsgericht oder gegen kantonale Entscheide und kantonale Erlasse (Stimm- und Volksrecht).

↳ damit der richtige Richter entscheidet, wird genau definiert für welche Angelegenheiten das Bundesgericht zuständig ist.

↳ Verhinderung von Popularklagen (Popularklagen kennt keine Rechtsordnung, weil dadurch die Gerichte masslos überlastet würden) ⇒ es müssen bestimmte Kriterien erfüllt sein, damit geklagt werden kann.

a) **Art. 82 lit. a BGG: Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts**

a. gegen Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts;

- Verfügungen, Rechtsmittelentscheide
- Individuell-konkrete Rechtsanwendungsakte einer Landgemeinde oder eines kantonalen Parlaments
- Inzidente Normenkontrolle
 - ↳ **inzident: nach diesem Anlass** ⇒ nur aus diesem Anlass wird geschaut, ob das Gesetz ausreicht.¹

Problem: Realakte²

↳ bei den Realakten gibt es keinen Schutz.

- Rechtlich keine Entscheide
- Art. 13 EMRK: Recht auf eine wirksame Beschwerde
- Art. 25a VwVG (Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren)
- Ausnahmekatalog nach Art. 83 BGG

¹ Inzidenz f. -; -en oder -zi|en; veraltet] **1 Einfall 2 Vorfall** [→ Inzident]

² Ein **Realakt** ist eine rein faktisch wirkende Handlung, die eine Rechtsfolge kraft Gesetzes hervorrufen kann, also unabhängig vom Willen des Handelnden. Im **Zivilrecht** wird der Realakt zur **Willenserklärung**, im **Verwaltungsrecht** wird er zum **Verwaltungsakt** abgegrenzt.

- Streitwertgrenze nach Art. 85 BGG

Art. 85 Streitwertgrenzen

¹ In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Beschwerde unzulässig:

a. auf dem Gebiet der **Staatshaftung**, wenn der Streitwert **weniger als 30 000 Franken** beträgt;

b. auf dem Gebiet der **öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse**, wenn der Streitwert **weniger als 15 000 Franken** beträgt.

² Erreicht der Streitwert den massgebenden Betrag nach Absatz 1 nicht, so ist die Beschwerde dennoch zulässig, wenn sich eine **Rechtsfrage von grundsätzlicher** Bedeutung stellt.

b) Art. 82 lit. b BGG: kantonale Erlasse

b. gegen **kantonale Erlasse**;

Abstrakt-generelle Anordnung: Verordnungen, kantonale Gesetze, kantonale Verfassungen

- Abstrakte Normenkontrolle ⇒ **abstrakt, unabhängig von einem konkreten Fall!**
- Auch für Erlasse auf den Gebieten des Strafrechts und des Zivilrechts ⇒ **weil diese Gesetze sind indirekt öffentliches Recht.**
- Kein Ausnahmekatalog nach Art. 83 BGG
- Einschränkung des Art. 190 BV bei Vorfragen ⇒ **nur Verfassungswidrigkeit feststellbar!**

c) Art. 82 lit. c BGG: Politische Stimmberechtigung der Bürger und Bürgerinnen, Volkswahlen und –Abstimmungen

c. betreffend die **politische Stimmberechtigung der Bürger** und Bürgerinnen sowie betreffend **Volkswahlen und –abstimmungen**.

2. Vorinstanzen (Art. 86-88 BGG)

- **Bundesverwaltungsgericht** oder **Bundesstrafgericht**
- Letzte **kantonale Instanzen** (Luzerner Verwaltungsgericht)?
- **Rechtsmittel** gegen **kantonale Erlasse**?
- **Beschwerde in Stimmrechtssachen**

3. Beschwerdegründe (Art. 95-98 BGG)

Vgl. Art. 189 BV

- Verletzung von Bundesrecht
- Völkerrecht
- Kantonale verfassungsmässige Rechte u.a.

4. Beschwerderecht (Art. 89 BGG)

Art. 89 Beschwerderecht

¹ Zur Beschwerde in **öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten** ist berechtigt, wer:

a. vor der **Vorinstanz** am Verfahren **teilgenommen** hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat;

- b. durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass **besonders berührt** ist; und
- c. ein **schutzwürdiges Interesse** an dessen Aufhebung oder Änderung hat.

² Zur Beschwerde sind ferner berechtigt:

- a. die **Bundeskanzlei**, die **Departemente** des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die ihnen unterstellten **Dienststellen**, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann;
- b. das zuständige **Organ der Bundesversammlung** auf dem Gebiet des Arbeitsverhältnisses des Bundespersonals;
- c. **Gemeinden** und andere **öffentlich-rechtliche Körperschaften**, wenn sie die Verletzung von Garantien rügen, die ihnen die Kantons- oder Bundesverfassung gewährt;
- d. **Personen, Organisationen und Behörden**, denen ein anderes **Bundesgesetz** dieses **Recht einräumt**.

³ In Stimmrechtssachen (Art. 82 Bst. c) steht das Beschwerderecht ausserdem jeder Person zu, die in der betreffenden Angelegenheit stimmberechtigt ist.

Voraussetzungen in der Person des Beschwerdeführers:

- **Parteifähigkeit**
- **Prozessfähigkeit**
- **Beschwerdelegitimation**: Art. 89 Abs. 1 lit. b und c BGG
- **Beziehungsnähe** zur Streitsache?
- Aktuelles **praktisches Interesse** (Rechtsschutzbedürfnis) an der Feststellung der Rechtswidrigkeit ⇒ wenn kein Interesse mehr besteht (selten), besteht auch kein Anspruch mehr.
- Sonderfall kantonale Erlasse: virtuelles Betroffensein ⇒ möglich gegen künftige Nachteile zu klagen → z.B. schlechte berufliche Bedingungen in dem Beruf, welcher erlernt werden möchte (nur bei den Kantonalen Erlassen. Bei den anderen muss gesagt werden, dass ich aktuell betroffen bin).

Juristische Personen?

- Beschwerde in eigenem Namen und zur Wahrung **eigener Interessen**
- Beschwerde in eigenem Namen zur Wahrung der **Interessen ihrer Mitglieder** (egoistische Verbandsbeschwerde)
- Beschwerde in eigenem Namen zur Wahrung **ideeller Interessen** (ideelle Verbandsbeschwerde) ⇒ **Ausnahm!**

Bsp: es wird ein Verband gegründet zum Schutz der Umwelt. Wenn diese betroffen ist, kann aus ideellen Gründen geklagt werden (obwohl alle betroffen).

5. **Beschwerdefrist (Art. 100 f BGG)**

30 Tage nach Veröffentlichung

↳ wenn Frist verpasst ist, ist es abgelaufen.

6. **Form und Inhalt**

- Schriftlich oder elektronisch (vorteilhaft, da noch am letzten Tag reagiert werden kann).
- Bezeichnung des angefochtenen Akts
- Rechtsbegehren (Antrag)

- Begründung (Art. 106 BGG)
 - ↳ Es muss nachgeprüft werden können, ob die nötigen Gründe für eine gültige Beschwerde vorliegen.

Art. 106 Rechtsanwendung

¹ Das Bundesgericht wendet das Recht **von Amtes wegen an**.

² Es prüft die Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht nur insofern, als **eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und begründet worden ist**.

IV. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Art. 133 ff. BGG, **subsidiär** statt Einheitsbeschwerde

- Begrenzt auf Verletzung **verfassungsmässiger Rechte** (Art. 116 BGG)
- Anfechtungsobjekte: nur Entscheide letzter **kantonalen Instanzen**
 - ↳ wenn Entscheid einer Bundesinstanz vorliegt, kann nicht Beschwerde ergriffen werden.
- Erschöpfung des kantonalen Instanzenzuges
- Beschwerderecht: Art. 115 lit. b BGG: rechtlich geschütztes Interesse

V. Die Klage ans Bundesgericht

Art. 120 BGG, bei staatsrechtlichen Streitigkeiten

- **Kompetenzkonflikte** zwischen Bundesbehörden und kantonalen Behörden
- **Öffentlichrechtliche Streitigkeiten** zwischen Bund und Kantonen oder zwischen Kantonen
- Verfahren über **Verantwortlichkeitsansprüche** aus Handlungen von **Magistratspersonen**³

VI. Rechtsschutz auf europäischer und internationaler Ebene

1. Rechtsschutz vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte

- Innerstaatliche Umsetzung nach Art. 46 Abs. 1 EMRK durch den Bundesrat

Art. 46 Verbindlichkeit und Vollzug der Urteile

(1) Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, in allen Rechtssachen, in denen sie Partei sind, das endgültige Urteil des Gerichtshofs zu befolgen.

(2) Das endgültige Urteil des Gerichtshofs ist dem Ministerkomitee zuzuleiten; dieses überwacht seinen Vollzug.

- Feststellung einer Konventionsverletzung nach Art. 120 BGG als Revisionsgrund

³ **Ma|gis|trat** <auch> **Ma|gist|rat** [m. 1] **1** [im alten Rom] *hoher Beamter (z. B. Konsul)* **2** [heute] *Stadtverwaltungsbehörde* **3** [schweiz.] *Regierungsmitglied*

- Klage vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR): Art. 34. ff EMRK

2. **Rechtsschutz auf internationaler Ebene**

Rechtsdurchsetzungsmechanismus?

- Internationaler Gerichtshof (IGH)?
- UN-Menschenrechtsausschuss
 - Berichte nach Art. 40 UNO-Pakt II – Staatenbeschwerde?
- Rassendiskriminierungskonvention
 - Ausschuss Art. 8 ff. – Individualbeschwerden?
- Folterkonvention ⇒ [viele Mitgliedstaaten](#)
 - Ausschuss – Staatenbeschwerden – Individualbeschwerden

Vorlesung vom 11.03.2008 / 14.03.2008

Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.

↪ [siehe ergänzende Notizen im Reader](#)

§ 5 Recht auf Leben

- ✓ **Lesehinweis:** [KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 11, S. 117-124](#)
- ✓ **Lesematerialien:** [Diskussionsforum der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zum finalen Rettungsschuss, link: \[www.rwi.unizh.ch/forum\]\(http://www.rwi.unizh.ch/forum\); MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 13-18](#)
- ✓ **Rechtsprechung:** [BGE 98 Ia 508, 515](#)

I. Bedeutung

Art. 36 BV kommt nicht bei allen Grundrechten zum tragen. Z.B. Menschenwürde, Recht auf Leben, da sie a priori nicht verletzt oder „keinen Eingriff“ erlauben.

Leben? Was ist es?

- ↪ dass wir als Organismus leben können – biologische Existenzfähigkeit
- ↪ beginnt mit der vollendeten Geburt und endet mit dem Hirntod
- Historische Bedeutung (Schutz vor willkürlicher Ermordung, z.B. aus Unzufriedenheit Sklave töten)
- Todesstrafe
- Der finale Todesschuss ([die Geissel soll gerettet werden](#))
- Der tödliche / rettende Eingriff ([wenn er das Gleis stellt sterben 3 Personen. Wenn er nicht Weichen stellt sterben mehrere auf dem Perron stehende Personen](#)).
- Abtreibung, Art. 118 f. StGB
- Recht auf ein „menschenswürdiges Sterben“?

- Auslieferung bei drohender Tötung? (Auslieferung möglich bei strafbaren Ausländern)

II. Normbefund

- **BV: Art. 10 Abs. 1**

- **EMRK: Art. 2 – Recht auf Leben**

(1) Das Recht jedes Menschen auf Leben wird gesetzlich geschützt. Niemand darf absichtlich getötet werden, ausser durch Vollstreckung eines Todesurteils, das ein Gericht wegen eines Verbrechens verhängt hat, für das die Todesstrafe gesetzlich vorgesehen ist.

(2) Eine Tötung wird nicht als Verletzung dieses Artikels betrachtet, wenn sie durch

eine Gewaltanwendung verursacht wird, die unbedingt erforderlich ist, um

a) jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen;

b) jemanden rechtmässig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmässig

entzogen ist, an der Flucht zu hindern;

c) einen Aufruhr oder Aufstand rechtmässig niederzuschlagen.

Zusatzprotokoll Nr. 6 (Abschaffung der Todesstrafe in Friedenszeiten)

- **UNO-Pakt II: Art. 6 (1966; CH: 1966) → internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte.**

(1) Jeder Mensch hat ein angeborenes Recht auf Leben. Dieses Recht ist gesetzlich

zu schützen. Niemand darf willkürlich seines Lebens beraubt werden.

(2) In Staaten, in denen die Todesstrafe nicht abgeschafft worden ist, darf ein Todesurteil nur für schwerste Verbrechen auf Grund von Gesetzen verhängt werden,

die zur Zeit der Begehung der Tat in Kraft waren und die den Bestimmungen dieses

Paktes und der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes nicht widersprechen. Diese Strafe darf nur auf Grund eines von einem zuständigen Gericht erlassenen rechtskräftigen Urteils vollstreckt werden.

(3) Erfüllt die Tötung den Tatbestand des Völkermordes, so ermächtigt dieser Artikel die Vertragsstaaten nicht, sich in irgendeiner Weise einer Verpflichtung zu entziehen, die sich nach den Bestimmungen der Konvention über die Verhütung und

Bestrafung des Völkermordes übernommen haben.

(4) Jeder zum Tode Verurteilte hat das Recht, um Begnadigung oder Umwandlung der Strafe zu bitten. Amnestie, Begnadigung oder Umwandlung der Todesstrafe kann in allen Fällen gewährt werden.

(5) Die Todesstrafe darf für strafbare Handlungen, die von Jugendlichen unter

18 Jahren begangen worden sind, nicht verhängt und an schwangeren Frauen nicht vollstreckt werden.

(6) Keine Bestimmung dieses Artikels darf herangezogen werden, um die Abschaffung der Todesstrafe durch einen Vertragsstaat zu verzögern oder zu verhindern.

✳ *Anmerkung: Es darf nie über den Wortlaut ausgelegt werden → der Wortlaut gibt den Rahmen.*

- **Übereinkommen über die Rechte des Kindes: Art. 6**

III. Das Recht auf Leben nach Art. 10 Abs. 1 BV

↳ technisch die Voraussetzung für alle anderen Grundrechte...Menschenwürde steht in der BV vor dem Recht auf Leben. Menschenwürde steht ganz zuoberst.

1. **Schutzbereich**

a) **Sachlicher Schutzbereich**

↳ jede Art von menschlichem Leben ist geschützt.

- Primäres Grundrecht?
- Umfassender Schutz
- Tod eines Menschen darf nie primäres Ziel einer staatlichen Handlung sein **weshalb die Handhabung mit der Waffe geübt werden muss.**
- Einzelfälle (mehr Rspr. zur EMRK)

Verpflichtete:

- Staat, nicht unmittelbar Private

Staatliche Schutzpflichten (objektive Schutzpflichten, welche der Staat treffen muss) in der Rspr.:

↳ der Staat hat zwar eine Pflicht, jedoch steht ihm ein Ermessensspielraum zu. Er muss nicht jedes Leben absolut schützen.

- Grundsatz: Ermessen bzgl. konkreter Massnahmen → **grösseres Ermessen als bei der subjektiven Abwehrbeanspruchung**
- Aufgrund konkreter Umstände evtl. Personenschutz (EGMR) → **z.B. wird eine Person zufälligerweise Zeuge eines Mafiaverbrechens → sie muss geschützt werden**
- Erhöhte Schutzpflicht bei Personen in staatlichem Gewahrsam (EGMR) → **insb. wenn mehrere Personen in Einzelzelle**
- Anspruch auf Untersuchung (EGMR) → **es müssen Untersuchungen zur Klärung der Todesursache eingeläutet werden.**
- Anspruch auf Strafverfolgung (EGMR) → **die Norm muss angewendet werden.**

b) **Persönlicher Schutzbereich**

- Alle / nur natürliche Personen (**nicht lediglich Staatsbürger**)
- Beginn des Lebens: Geburt oder früher?

↳ Wird der Nasciturus („das zu Gebärende“) geschützt? Es gilt eine Abwägung vorzunehmen zwischen dem Recht der Mutter auf die Freie Gestaltung des eigenen Lebens und jenem des ungeborenen Kindes (Recht auf Leben). Der Staat tendiert grundsätzlich dazu den Anspruch des Kindes höher zu gewichten, als jener der Frau.

- Ende: Hirn- oder Herztod?

2. **Eingriffe**

- Direkter Eingriff (beabsichtigte / unbeabsichtigte Tötung)
- Indirekter Eingriff (für die Todesstrafe gibt es keine Rechtfertigung. Der Staat darf sie verhängen, er darf sie aber nicht vollstrecken).
 - Insb. Ausweisungsfälle

3. **Rechtfertigung**

- Anwendbarkeit von Art. 36 BV?
- Unterschied zwischen Art. 10 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BV
- Unabsichtliche Tötung kann gerechtfertigt werden → Art. 36 BV gilt → wir brauchen ein Gesetz über den Einsatz von Schusswaffen.

4. **Kerngehalt**

↳ normalerweise nicht möglich. In Ausnahmefällen jedoch möglich.

- Keine Rechtfertigung möglich!
- Jeder absichtliche Eingriff in das Recht auf Leben?
- Problem: finaler Todesschuss

Lösungswege:

- Dt. GG: Theorie des absoluten und relativen Wesengehalts (diese Theorie begründet wieso der Kerngehalt durchbrochen werden kann).
- EMRK: enumerative Gründe und strenger Maßstab inklusive Verfahrensvorgabe; Verbot des Eingriffs in den Kerngehalt ist dort umstritten

IV. **Der Schutz des Lebens nach Art. 2 EMRK**

1. **Schutzbereich**

2. **Eingriff**

3. **Rechtfertigung**

Sonderbestimmungen zur Tötung im Rahmen „rechtmässiger Kriegshandlungen“, Art. 15 Abs. 2 EMRK

Abweichung im Notstandsfall

1. Wird das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht, so kann jede hohe Vertragspartei Massnahmen treffen, die von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtung abweichen, jedoch nur, soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Massnahme nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien stehen.
2. Aufgrund des Absatzes 1 darf von Artikel 2 nur bei Todesfällen infolge rechtmässiger Kriegsverhandlungen und von Artikel 3, Artikel 4 (Absatz 1) und Art. 7 in keinem Fall abgewichen werden.

Bsp. Abtreibung.

- ↳ Geeignetheit und Erforderlichkeit sind besser zu argumentieren (pragmatischer Ansatz)
- ↳ die dritte Stufe der Verhältnismässigkeit hat stark wertende Komponenten.

✳ *Es gibt kein unrechtes Leben → Todesstrafe nicht möglich.*

Bsp. Flugzeugabsturz

1. Schutzbereich (Art. 10¹ BV)
 2. Eingriff
 3. Rechtfertigung (Art. 36 BV)
-
1. Schutzbereich
 - OS: das Leben ist gemäss Art. 10¹ BV geschützt
 - US: wenn der Absturz des Flugzeuges passieren würde, wäre der Schutzbereich von Art 10¹ BV betroffen.
 - SS: Der Schutzbereich des Art. 10¹ BV ist tangiert
 2. Eingriff
 - OS: Ein Eingriff in den Schutzbereich liegt vor, wenn dieser tangiert ist.
 - US: mit dem Abschuss des Flugzeuges wird mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Flugzeug abstürzen und dadurch Menschen ums Leben kommen.
 - SS: Ein Eingriff kann bejaht werden.
 3. Rechtfertigung
 - a) gesetzliche Grundlage
 - ↳ Da es sich i.c. um einen schweren Eingriff handelt, braucht es eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinne.
 - b) öffentliches Interesse / Schutz der Grundrechte Dritter
 - OS: das öffentliche Interesse ist tangiert, wenn Eingriffe in die Grundrechte passieren.
 - US: es wird nicht ordentlich gelandet. Es besteht eine Gefahr für die Menschen am Boden. Schutz der Menschen, Schutz der Umwelt, Schutz des Eigentums.
 - Leben von möglichen Opfern
 - Gesundheit von möglichen Opfern
 - Eigentum von möglichen Opfern
 - c) Verhältnismässigkeit
 - i) Geeignetheit
 - jede Förderung reicht aus → muss nicht optimal sein → OS, US, SS → es ist geeignet.

- ii) Erforderlichkeit
ultima ration → es darf keine andere, mildere Massnahme zur Verfügung stehen.
 - iii) Verhältnismässigkeit i.e.S.
 - Darf Leben gegen Leben aufgerechnet werden? Ja oder nein? → ist in der Lehre stark umstritten.
 - Vergleiche → Wagen, welcher auf Bahnhof zurast
 - ↳ in einer Notstandssituation ja
4. Kerngehalt
- ↳ Definition des Kerngehalts?
 - ↳ Anhaltspunkte für zulässige Eingriffe?
 - ↳ Systematisierung
 - ↳ Beabsichtigt
 - (als Ziel der Massnahme) → unzulässig
 - ↳ unbeabsichtigt
 - als zulässige Nebenfolge rechtfertigungsfähig
 - als gewollte Nebenfolge umstritten
 - gegen den Täter (z.B. Amokläufer)
 - gegen Opfer (Flugzeugpassagiere)
 - ↳ Wie könnte argumentiert werden, dass in den Kerngehalt eingegriffen werden kann?
 - ↳ EMRK geht von Ausnahmen der Unversehrtheit des Kerngehalts aus.
 - ↳ Art. 10 Satz 1 und 2 BV unterscheiden sich. In Satz 2 ist die Todesstrafe explizit verboten → es kann daraus geschlossen werden, dass es in Satz 1 Ausnahmen gibt.
- ★ *Ziel lediglich eine Tötung → verboten.*

Vorlesung vom 18.03.2008

Assistent von Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.

§ 6 Menschenwürde (Art. 7; Art. 10³)

Einstiegsfall

Bitte überlegen Sie zur Vertiefung, ob in folgendem theoretischen Fall die Menschenwürde betroffen bzw. verletzt ist:

Der Terrorist T wird von der Polizei gestellt und behauptet überzeugend eine Bombe gelegt zu haben, die in 5 Stunden explodieren wird und hunderte von Menschen mit dem Tod bedroht. Die Polizei fragt Sie, ob sie in dieser Extremsituation den T foltern darf, um ihn zur Angabe des Verstecks der Bombe zu zwingen. Überprüfen Sie Ihre Stellungnahme anhand des Prüfungsschemas für die Menschenwürde nach Art. 7 BV.

Menschenwürde (Begrifflichkeit):

✳ *Der Begriff der **Menschenwürde** ist Ausdruck der Idee oder Erfahrung, dass jeder Mensch aufgrund seiner bloßen Existenz einen schätzenswerten Wert besitzt (**Selbstwert** jedes Menschen). Nur wo der unbedingte Schutz der Menschenwürde gewährleistet ist, kann man von einem gleichberechtigten und freiheitlichen Gemeinwesen sprechen. Worin jedoch die konkrete inhaltlich normative Ausgestaltung der Menschenwürde bei den besonders rechtsethisch strittigen Fragen des Lebensbeginns als auch des Lebensendes besteht, wird je nach **weltanschaulicher** Begründungskonzeption anders beantwortet.*

↳ Objektformel: der Mensch darf nicht zum Objekt gemacht werden.

→ der TB ist entweder vom Schutzbereich (scope) erfasst oder nicht → Schutzbereich als zentraler Prüfungspunkt. Wenn vom Schutzbereich nicht erfasst → Prüfungsabbruch.

Zum Fall

Betroffene Grundrechte

Art. 10 BV → explizit Folterverbot

Art. 7 BV → Menschenwürde

Grundsätzlich:

↳ Will der Staat eingreifen, muss er sich rechtfertigen. Da die Menschenwürde (Folterverbot als Ausdruck der Menschenwürde) betroffen ist, gibt es eigentlich keine Eingriffsmöglichkeit.

Art. 10³ BV

↳ sehr starker Wortlaut. Wenn man zudem die Systematik betrachtet wird dieses absolute Verbot noch bestärkt (Todesstrafe verboten, Menschenwürde).

Könnte eine Verfassungsänderung angestrebt werden, welche dies explizit vorsieht?

Staatsnotstand (lässt sich nicht über einzelne Angriffe rechtfertigen)

Folgersituation: persönliche Auseinandersetzung zwischen dem Folterer und dem Gefolterten.

↳ Es ist eher Vorsicht angezeigt, auch wenn die drohende Gefahr gross ist, da eine Überreaktion eine politische Kettenreaktion zur Folge haben könnte.

- ✓ **Lesehinweis:** **KIENER/KÄLIN, Gundrechte, § 10, S. 112-116**
- ✓ **Lesematerialien:** **PH. MASTRONARDI, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, S. 78-90**
- ✓ **Rechtsprechung:** **BGE 127 I 6, 14**

I. Bedeutung

- Absprechen der Menschenwürde als Vorstufe zu Massakern, Völkermord, Mord
(Aufklärungserfolg relativ gross, da oftmals Nähe zu Opfern)
- Historische Bedeutung
- Rechtsvergleichende Hinweise
- Situation vor 1999 gemäss der BV
- Aktuelle Problemfelder

II. Normbefund

- **BV: Art. 7, Art. 10 Abs. 3**
- **EMRK: Art. 3 – Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung**
Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.
Art. 4 – Verbot der Sklaverei
 - (1) Niemand darf in Sklaverei oder Leibeigenschaft gehalten werden.
 - (2) Niemand darf gezwungen werden, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten.
 - (3) Nicht als Zwangs- oder Pflichtarbeit im Sinne dieses Artikels gilt
 - a) eine Arbeit, die üblicherweise von einer Person verlangt wird, der unter den Voraussetzungen des Artikels 5 die Freiheit entzogen oder die bedingt entlassen worden ist;
 - b) eine Dienstleistung militärischer Art oder eine Dienstleistung, die an die Stelle des im Rahmen der Wehrpflicht zu leistenden Dienstes tritt, in Ländern, wo die Dienstverweigerung aus Gewissensgründen anerkannt ist;
 - c) eine Dienstleistung, die verlangt wird, wenn Notstände oder Katastrophen das Leben oder das Wohl der Gemeinschaft bedrohen;
 - d) eine Arbeit oder Dienstleistung, die zu den üblichen Bürgerpflichten gehört.
- **UNO-Pakt II: Art. 4**
 - (1) Im Falle eines öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht und der amtlich verkündet ist, können die Vertragsstaaten Massnahmen ergreifen, die ihre Verpflichtungen aus diesem Pakt in dem Umfang, den die Lage unbedingt erfordert, ausser Kraft setzen, vorausgesetzt, dass diese Massnahmen ihren sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht zuwiderlaufen und keine Diskriminierung allein wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion oder der sozialen Herkunft enthalten.
 - (2) Auf Grund der vorstehenden Bestimmung dürfen die Artikel 6, 7, 8 (Absätze 1 und 2), 11, 15, 16 und 18 nicht ausser Kraft gesetzt werden.

(3) Jeder Vertragsstaat, der das Recht, Verpflichtungen ausser Kraft zu setzen, ausübt, hat den übrigen Vertragsstaaten durch Vermittlung des Generalsekretärs der Vereinten Nationen unverzüglich mitzuteilen, welche Bestimmungen er ausser Kraft gesetzt hat und welche Gründe ihn dazu veranlasst haben. Auf demselben Wege ist durch eine weitere Mitteilung der Zeitpunkt anzugeben, in dem eine solche Massnahme endet.

Art. 7

Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden. Insbesondere darf niemand ohne seine freiwillige Zustimmung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen unterworfen werden.

Art. 8

(1) Niemand darf in Sklaverei gehalten werden; Sklaverei und Sklavenhandel in allen ihren Formen sind verboten.

(2) Niemand darf in Leibeigenschaft gehalten werden.

(3) a) Niemand darf gezwungen werden, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten;

b) Buchstabe a ist nicht so auszulegen, dass er in Staaten, in denen bestimmte Straftaten mit einem mit Zwangsarbeit verbundenen Freiheitsentzug geahndet werden können, die Leistung von Zwangsarbeit auf Grund einer Verurteilung durch ein zuständiges Gericht ausschliesst;

c) als «Zwangs- oder Pflichtarbeit» im Sinne dieses Absatzes gilt nicht

i) jede nicht unter Buchstabe b genannte Arbeit oder Dienstleistung, die normalerweise von einer Person verlangt wird, der auf Grund einer rechtmässigen Gerichtsentscheidung die Freiheit entzogen oder die aus einem solchen Freiheitsentzug bedingt entlassen worden ist;

ii) jede Dienstleistung militärischer Art sowie in Staaten, in denen die Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen anerkannt wird, jede für Wehrdienstverweigerer gesetzlich vorgeschriebene nationale Dienstleistung;

iii) jede Dienstleistung im Falle von Notständen oder Katastrophen, die das Leben oder das Wohl der Gemeinschaft bedrohen;

iv) jede Arbeit oder Dienstleistung, die zu den normalen Bürgerpflichten gehört.

Art. 10

(1) Jeder, dem seine Freiheit entzogen ist, muss menschlich und mit Achtung vor der dem Menschen innewohnenden Würde behandelt werden.

(2) a) Beschuldigte sind, abgesehen von aussergewöhnlichen Umständen, von Verurteilten getrennt unterzubringen und so zu behandeln, wie es ihrer Stellung als Nichtverurteilte entspricht;

b) jugendliche Beschuldigte sind von Erwachsenen zu trennen, und es hat so schnell wie möglich ein Urteil zu ergehen.

(3) Der Strafvollzug schliesst eine Behandlung der Gefangenen ein, die vornehmlich auf ihre Besserung und gesellschaftliche Wiedereingliederung hinzielt. Jugendliche Straffällige sind von Erwachsenen zu trennen und ihrem Alter und ihrer Rechtsstellung entsprechend zu behandeln.

III. Schutz der Menschenwürde gemäss Art. 7 BV

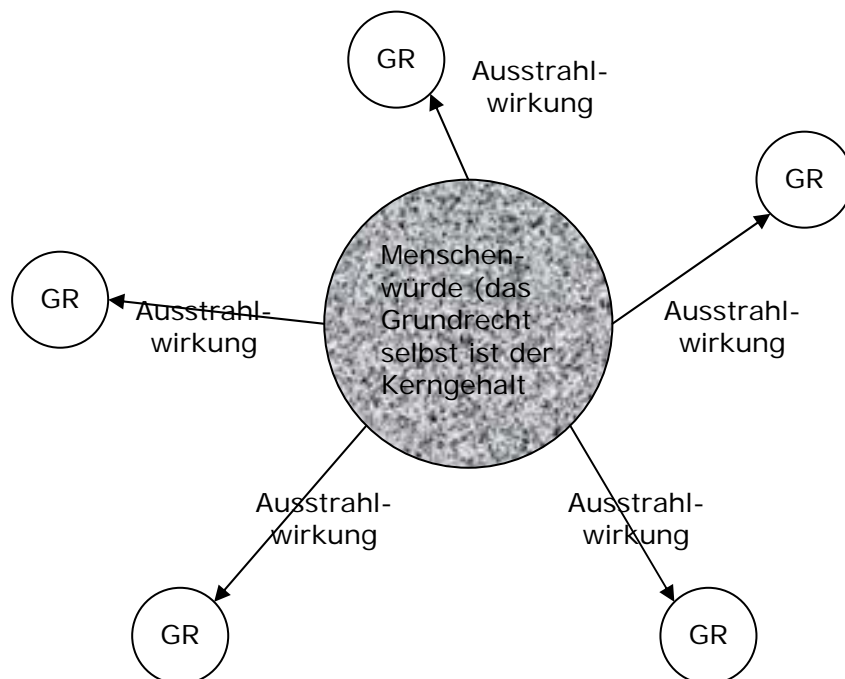
1. Rechtsnatur der Würdenorm

a) Grundrecht, Grundsatz und / oder Grundnorm?

- Begriff des Grundrechts → subjektive Rechte, hoher Rang (BV), es braucht für Eingriff immer eine Rechtfertigung.
- Begriff des Grundsatzes → kein Grundsatz ohne Ausnahme → geringerer Schutz als Grundrecht.
- Menschenwürde als Grundnorm der Verfassung (Leitprinzip, Programm) → Leitprinzip (strahlt über die anderen aus) und Grundrecht.
Die Menschenwürde ist also sowohl ein Grundrecht, wie auch ein Leitprinzip.

b) Individualgrundrecht ja

- Rechtsvergleichende Hinweise
- Systematisches Argument unter der BV
- Verbleibender Schutzbereich in der BV?



2. Schutzbereich (rel. enger) der Menschenwürde als Individualrecht

a) Sachlicher Schutzbereich

- ↳ z.B. Folterverbot und Zeugnisverweigerungsrecht
- Sog. Objektformel → der Staat darf nie den Einzelnen herabwürdigen (z.B. darf ich als Schuldiger falsche Aussagen machen → ich muss mich nicht an den Pranger stellen lassen)

- Schutz des Individuums in seiner Selbstachtung → **Definition der Menschenwürde ist sehr wichtig.**

b) Persönlicher Schutzbereich

- Menschenrecht
- Natürliche Person → **nicht übertragbar auf JP**
- Objektiver Schutz der Persönlichkeit?

c) Grundrechtskonkurrenzen

- Spezialität deutlicher beschriebener Gewährleistungsbereiche
- Auffanggrundrecht? → **ja → für nicht explizit in der BV geregelte Normen in welche die Menschenwürde erwähnt wird kommt die Menschenwürde trotzdem zum Tragen.**

3. Eingriffe

4. Keine Rechtfertigung

je näher ein Recht bei der betroffenen Person liegt („Ausrede“ um keinen Militärdienst leisten zu können → Ritus/gelebter Glaube → tiefer Glaube im Herzen), desto weniger darf der Staat eingreifen.

a) Grundlagen

- Schrankenlose Grundrechte
- Kerngehalt
- Absolute geschützte Grundrechte

b) Begründung

- Menschenwürde als Ausdruck des Kerngehalts

c) Anwendung

- Bei Eingriff in das Individualgrundrecht
- Bei systematischer Heranziehung zur Interpretation anderer Grundrechte?

IV. Schutz der Menschenwürde unter der EMRK

- Keine ausdrückliche Erwähnung
- Gewährleistungsgehalte

V. Weiterer internationaler Menschenrechtsschutz

- Folterkonvention → **verbietet schwerste Schmerzen (→ so können sich die Amerikaner darüber unterhalten, ob Water-Bording nun schwerste Schmerzen verursachen oder nicht)**

VI. Fallbeispiel: Folter von Terroristen

- Das theoretische Ausgangsbeispiel
- Bedenken in der Praxis?
- Schutzbereich?
- Eingriff
- Rechtfertigung

Vorlesung vom 01.04.2008

Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.

§ 7 Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10² BV)

- ✓ **Lesehinweis:** KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 12, S. 125-145
- ✓ **Lesematerialien:** J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, S. 32-42
- ✓ **Rechtsprechung:** BGE 97 I 839; BGE 89 I 92; BGE 126 I 112, 115f.; BGE 99 Ia 407, 413; BGE 122 I 360, 364; BGE 99 Ia 747, 752f.

I. Einstiegsfall

Auf dem Platz vor dem KKL hat das Betteln massiv zugenommen. Passanten werden einzeln regelrecht bedrängt. Um die Besucher des anstehenden Lucerne Festivals nicht zu verschrecken, verfügt die Kantonspolizei gegen drei Bettler eine Wegweisung: Sie sollen während des Festivals (7 Tage) nicht mehr den Platz vor dem KKL betreten. Ausnahmen gelten für Zug- und Busfahrten. Der Bettler B fühlt sich in seinen Grundrechten verletzt. Er habe nachweislich nicht aggressiv gebettelt. Trifft seine Auffassung zu? Das Luzerner Gesetz über die Kantonspolizei finden Sie im Internet unter: <http://srl.lu.ch/sk/srl/default/first.htm> (unter Rubrik 4 "Polizei und Militär").

Fallprüfung

Die drei Prüfpunkte

1. Schutzbereich
2. Eingriff
3. Rechtfertigung
 - a) gesetzliche Grundlage
 - b) öffentliches Interesse
 - c) Verhältnismässigkeit
 - i) Geeignetheit (jede Förderung)
 - ii) Notwendigkeit / Erforderlichkeit
 - iii) Verhältnismässigkeit

Staatsorganisationsrecht

4. Kompetenzgrundlage: Gesetz → Generalklausel? → GR
5. Formelle VSS: Bsp. Bestimmtheit → GR
6. Materielle VSS: → Verstoss gegen GR
 - ↳ Würde das Gesetz in Grundrechte eingreifen. Prüfung ist im Prinzip bei der Ermächtigungsgrundlage gemäss kantonalem Gesetz beendet.

I. Historische Entwicklung unter der BV

1. Zentrale Rolle der persönlichen Freiheit

- Ungeschriebenes Grundrecht der persönlichen Freiheit

- Entwicklung einzelner Ausprägungen
- Die einzelnen Gewährleistungen
- Rechtsvergleichende Hinweise

2. **BV 1999**

- Zahlreiche spezifische Verbürgungen
- Recht auf Freiheit kann Auffangcharakter haben

II. **Bedeutung**

1. **Körperliche Integrität (in Abs. 2 explizit genannt)**

- Psychiatrische Behandlungen (Medikamente können zu körperlichen Veränderungen führen); Scharia und Amputationen (Zwangsamputationen); Körperverletzungen im Dienst; Blutentnahme; Impfzwang

2. **Geistige Unversehrtheit (in Abs. 2 explizit genannt)**

- Bewusstseinsverändernde Medikamente; Morddrohungen → z.B. durch psychiatrische Behandlung

3. **Persönliche Freiheit im engeren Sinn (durch „insbesondere“ in Abs. 2 suggeriert)**

- Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit → facettenreich → unbestimmter Rechtsbegriff → Abgrenzung nötig
- Keine allgemeine Handlungsfreiheit

4. **Bewegungsfreiheit (in Abs. 2 explizit erwähnt)**

- Willkürliche Verhaftungen; Einweisung in psychiatrische Kliniken; Polizeiliche Wegweisung

III. **Normbefund**

- **BV: Art. 10 Abs. 2 und 3 sowie Art. 31**

1. **EMRK: Art. 5 – Recht auf Freiheit und Sicherheit (s. auch Art. 4, 6 und 3 EMRK)**

(1) Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

- a) rechtmässiger Freiheitsentzug nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht;
- b) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug wegen Nichtbefolgung einer rechtmässigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung;

c) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;

d) rechtmässiger Freiheitsentzug bei Minderjährigen zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde;

e) rechtmässiger Freiheitsentzug mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern;

f) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.

(2) Jeder festgenommenen Person muss in möglichst kurzer Frist⁴ in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden.

(3) Jede Person, die nach Absatz 1 Buchstabe c von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, muss unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden; sie hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens. Die Entlassung kann von der Leistung einer Sicherheit für das Erscheinen vor Gericht abhängig gemacht werden.

(4) Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist.

(5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

2. UNO-Pakt II: Art. 9 (s. auch Art. 7 und 8 UNO-Pakt II)

(1) Jedermann hat ein Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit. Niemand darf willkürlich festgenommen oder in Haft gehalten werden. Niemand darf seine Freiheit entzogen werden, es sei denn aus gesetzlich bestimmten Gründen und unter Beachtung des im Gesetz vorgeschriebenen Verfahrens.

(2) Jeder Festgenommene ist bei seiner Festnahme über die Gründe der Festnahme zu unterrichten und die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen sind ihm unverzüglich mitzuteilen.

(3) Jeder, der unter dem Vorwurf einer strafbaren Handlung festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird, muss unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Amtsperson vorgeführt werden und hat Anspruch auf ein Gerichtsverfahren innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung aus der Haft. Es darf nicht die allgemeine Regel sein, dass Personen, die eine gerichtliche Aburteilung erwarten, in Haft gehalten werden, doch kann die Freilassung davon abhängig gemacht werden, dass für das Erscheinen zur Hauptverhandlung oder zu jeder anderen Verfahrenshandlung und gegebenenfalls zur Vollstreckung des Urteils Sicherheit geleistet wird.

(4) Jeder, dem seine Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen ist, hat das Recht, ein Verfahren vor einem Gericht zu beantragen, damit dieses unverzüglich über die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und seine Entlassung anordnen kann, falls die Freiheitsentziehung nicht rechtmässig ist.

(5) Jeder, der unrechtmässig festgenommen oder in Haft gehalten worden ist, hat einen Anspruch auf Entschädigung.

IV. Das Recht auf physische Integrität, Art. 10 Abs. 2 und 3 BV

1. *Schutzbereich*

a) Sachlicher Schutzbereich

- Körperliche Unversehrtheit im biologisch-physiologischen Sinn
- Freiheit darüber zu verfügen (Selbstbestimmungsrecht → nicht vergessen, nebst dem eigentlichen Eingriff schützt man auch die Selbstbestimmung über den eigenen Körper → nicht vergessen!)

Bsp.: Zwang die Haare im Militär abzuschneiden. Früher galten im Sonderverhältnis die Grundrechte nicht. Heute gelten sie, jedoch gelten bestimmte spezielle Voraussetzungen.

b) Persönlicher Schutzbereich

- Alle natürlichen Personen → und grundsätzlich nur die, weil nur natürliche Personen über einen Körper verfügen.
- Juristische Personen des Privatrechts?
 - Personenvereinigungen → Literatur lehnt diesen Ansatz ab

2. *Eingriff*

- Weiter Ansatz

3. *Rechtfertigung*

a) Gesetzliche Grundlage

aa. Abgestufte Anforderungen an die Normebene je nach Eingriffsintensität

- Schwerwiegender Eingriff → Gesetz im formellen Sinn
- Nicht schwerwiegender Eingriff

bb. Anforderungen an die Normdichte (Bestimmtheitsmass der Norm)

- Schwerwiegender Eingriff
- Ausnahme: polizeiliche Generalklausel (siehe Art. 36 BV)

b) Öffentliches Interesse → Ansehen der Schweiz u.d.g.

c) Verhältnismässigkeit

- Geeignetheit (Zweckförderung)
- Erforderlichkeit (Subsidiarität)
- Verhältnismässigkeit im engeren Sinne:

d) Kernbereich

- Art. 10 Abs. 3 BV
 - ↳ in der Praxis wird der Kernbereich hier selten betroffen.

V. Das Recht auf psychische Unversehrtheit, Art. 10 Abs. 2 (Auffanggrundrecht) und Abs. 3 BV

1. Schutzbereich nach Art. 10 Abs. 2 BV

a) Sachlicher Schutzbereich

- Integrität des Bewusstseins
- Jeder Person steht das Recht zu, eine bestimmte Situation zu bewerten und gemäss dieser Bewertung zu handeln. → darf der Staat einen Lügendetektor einsetzen? Deshalb darf der Lügendetektor nicht angeschlossen werden.
- Problem: Abgrenzung zur Freiheit i.e. Sinn

b) Persönlicher Schutzbereich

- Alle Menschen
- Keine juristischen Personen

2. Eingriff

- Weiter Ansatz
- Eingriffsschwelle nach Intensität
- BGE 119 IA 178, S. 187
- Kein Ausschluss im Sonderstatusverhältnis

3. Rechtfertigung

a) Gesetzliche Grundlage

b) Öffentliches Interesse

c) Verhältnismässigkeit

d) Kerngehalt

VI. Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit / Persönliche Freiheit i.e. Sinn

1. Bedeutung

- Schutzbedarf
- Junges Grundrecht
- Rechtsvergleichende Hinweise
- Willkürverbot nach Art. 9 BV

2. **Schutzbereich nach Art. 10 Abs. 2 BV**

a) **Sachlicher Schutzbereich**

Beispiele:

- Bestimmung über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens
- Art und Weise der Bestattung (siehe Bsp. [Cliff Richard, welcher die Asche seines Vaters geschnupft haben soll](#))
- Organspende: Zulässigkeit der Widerspruchslösung, BGE 123 I 112 E. 7b/aa S. 125 f. ([grundsätzlich fällt unter Art. 10 BV. Ist der Eingriff zum Schutz eines anderen. Dies muss unter dem Punkt „Rechtfertigung“ geprüft werden → insb. unter dem Punkt der Verhältnismässigkeit i.e.S..](#))
- Emotionale Beziehung der Angehörigen ([Pietät](#)) zu einem Verstorbenen: BGE 129 I 173 E. 2.1 S. 177 – Urnenbeisetzung Meilen
- Wissen um die Identität der leiblichen Eltern, BGE 128 I 63 E. 5 S. 77 f.

Herleitung:

- Anknüpfung im Wortlaut
- Ausweitung durch Rechtsprechung: elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung
- Freiheit, über seine Lebensweise zu entscheiden: BGE 97 I 839ff.
- Jeder Person steht das Recht zu, eine bestimmte Situation zu bewerten und gemäss dieser Bewertung zu handeln.
- Abgrenzung zu einer allgemeinen Handlungsfreiheit
- Abgrenzung zur psychischen Unversehrtheit

b) **Persönlicher Schutzbereich**

- Natürliche Personen ([Menschenrecht → alle sind geschützt](#))
 - Auch im Sonderstatusverhältnis (z.B. [Malen im Gefängnis. Wie könnte die Betroffenheit eruiert werden? Psychologisches Gutachten → Teil der elementarsten Persönlichkeitsentfaltung. Fiskale Gründe dürfen keine Rolle spielen.](#))
- Juristische Personen?

3. **Eingriff**

- Beschränkung des Eingriffsbegriffs nach der Wirkungsintensität
- Eingriffe auch im Sonderstatusverhältnis (Untersuchungshäftlinge; Kranke auf einer geschlossenen Spitalstation; BGer 1971 – Malen in der Untersuchungshaft)
- Rechtsvergleichend: BVerfGE „Reiten im Walde“
- Blosser Belästigungen

4. **Rechtfertigung**

a) **Gesetzliche Grundlage**

b) **Öffentliches Interesse**

- Insbesondere: Abwägung zwischen widerstrebenden Grundrechtspositionen

c) **Verhältnismässigkeit**

d) **Kerngehalt**

- Der Kernbereich liegt im Bereich des ganz Intimen: Zwang zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung

VII. Bewegungsfreiheit, Art. 10 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 31 BV

relativ einfach zu prüfen → ist der Schutzbereich betroffen → wenn ja → normale Rechtfertigungsprüfung.

Haft → starker Eingriff

Einschränkung → u.U. leichter Eingriff

1. **Bedeutung**

- Historische Bedeutung → auf den Aspekt der Haft gerichtet.
- Aktuelle Problemfelder → bei Sicherheitsverwahrung könnte der Kerngehalt betroffen sein.

2. **Schutzbereich nach Art. 10 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 31 BV**

a) **Sachlicher Schutzbereich**

- Relativ weiter Ansatz:
 - „La liberté d’aller et venir“, BGE 90 I 29 E. 3 S. 34
 - Das Recht, sich nach seinem Willen, ohne staatliche Eingriffe fortzubewegen
 - Schutz Einzelner und einzelner Personengruppen vor Behinderung, einen ansonsten rechtlich und faktisch zugänglichen Ort aufzusuchen oder zu verlassen
- Zwei Aspekte:
 - *Freiheitsbeschränkungen*
 - *Freiheitsentzug*: besondere verfahrensrechtliche Absicherungen in Art. 31 BV
- Abgrenzung zur blossen Belästigung
 - BGE 108 Ia 59 E. 4a S. 60 f. – Wassersport am Zürichsee

b) **Persönlicher Schutzbereich**

- Alle natürlichen Personen

c) Grundrechtskonkurrenz

- Niederlassungsfreiheit, Art. 24 BV

3. Eingriff

- Weiterer Ansatz: Identitätskontrolle, BGE 109 Ia 146 E. 4b S. 149 f..
↳ auch kurzzeitiges Festhalten.

4. Rechtfertigung

a) Gesetzliche Grundlage

- Anforderungen unterschiedlich je nach Schwere des Eingriffs
- Freiheitsbeschränkungen in der Regel eher leichte Eingriffe → relativ grosszügige Delegationsmöglichkeit
- Freiheitsentzug in der Regel eher schwerwiegender Eingriff → grosser Delegations-spielraum möglich
 - Schwerwiegend: nach Dauer oder Art und Weise der Verhaftung

b) Öffentliches Interesse

- Meist polizeiliche Schutzgüter (öffentliche Sicherheit und Gesundheit)
↳ z.B. um eine öffentliche Zerrottung zu verhindern

c) Verhältnismässigkeit

- BGE 124 I 40 S. 45

d) Kernbereich

- Insbesondere bei Freiheitsentziehungen die Mindestgarantien nach Art. 31 BV
↳ Beispiel Sicherheitsverwahrung

5. EMRK

- Schutz der Bewegungsfreiheit durch Verfahrensvorschriften nach Art. 5 EMRK (Freiheitsentzug)
- Abschliessende Aufzählung der zulässigen Gründe eines Freiheitsentzugs in Art. 5 Nr. 1 EMRK

die beiden Punkte werden grösstenteils durch den Art. 31 BV aufgefangen.

§ 8 Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV, Art. 115 BV)

- ✓ **Lesehinweis:** KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 15, S. 170-174
- ✓ **Lesematerialien:** J. P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, S. 150-155
- ✓ **Rechtsprechung:** BGE 108 Ia 248, 249; BGE 106 Ia 28, 30

I. Bedeutung

- Historische Bedeutung und Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit
 - ↳ weder in der BV von 1848, noch in jener von 1874 enthalten.
- Besonderheiten der schweizerischen Entwicklung
- BV 1999: Art. 115 BV → **Unterstützung Bedürftiger.**

II. Normbefund

- **BV: Art. 24 BV, Art. 115 BV**
- **EMRK: Art. 8 – Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens**
 - (1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.
 - (2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.
- **UNO-Pakt II: Art. 12**
 - (1) Jedermann, der sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, hat das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen.
 - (2) Jedermann steht es frei, jedes Land einschliesslich seines eigenen zu verlassen.
 - (3) Die oben erwähnten Rechte dürfen nur eingeschränkt werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen und zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public), der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist und die Einschränkungen mit den übrigen in diesem Pakt anerkannten Rechten vereinbar sind.
 - (4) Niemand darf willkürlich das Recht entzogen werden, in sein eigenes Land einzureisen.

III. Die Niederlassungsfreiheit nach Art. 24 BV

1. *Schutzbereich*

a) Sachlicher Schutzbereich

- Umfassende Verbürgung
- Definitionen

b) Persönlicher Schutzbereich

- Niederlassung:
 - Natürliche schweizerische Personen (seit 1866 losgelöst von Konfession)
 - Sonderregelungen für Minderjährige
 - Ausländerinnen und Ausländer: (auch, jedoch nur, wenn durch Verträge gewährleistet)
 - Grundsätzlich kein Schutz
 - Aber Gewährleistungen gegebenenfalls aus Recht auf Ehe und Familie (vereinfachter Familiennachzug) nach Art. 8 EMRK oder aus Staatsverträgen
 - Juristische Personen: Sitzwahl (beinhaltet auch wirtschaftliche Aspekte)
- Ausreise und Auswanderung:
 - Art. 12 UNO-Pakt II: Alle Menschen → Ausweitung durch internationale Verträge
 - BGer: Teil der persönlichen Freiheit

c) Grundrechtskonkurrenzen

Bewegungsfreiheit

Für Ausländer ist die subsidiäre persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV relevant
(nicht einfach sagen „dann Art. 10² anwendbar“, sondern den Art. 10² richtig durchprüfen)

2. *Eingriffe*

Beispiele:

Art. 94 StGB: Weisungen über den Aufenthalt

Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis: Residenzpflicht

- ↳ z.B. Luzerner Oberrichter möchte im Kanton NW wohnen. Wäre es rechtlich möglich? Sonderstatusverhältnis. Früher wurde stark die Organstellung in den Vordergrund gerückt. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass es ein leichter Eingriff ist. Die Anforderungen an die Delegationsbefugnis sind erleichtert. Verordnung wäre gegeben → gesetzliche Grundlage kann wie gesagt bejaht werden. Öffentliches Interesse → Nähe zur Bevölkerung.

3. Rechtfertigung

a) Gesetzliche Grundlage

- Problem: Sonderstatusverhältnis

b) Öffentliches Interesse

Zur Residenzpflicht:

Zwingende Gründe des Dienstes → z.B. [Feuerwehr](#), [Polizei](#)

Erfordernis besonderer Beziehungen zur Bevölkerung → [Richter](#)

Bloss fiskalische Gründe reichen nicht aus

c) Verhältnismässigkeit

- Beispiel: Residenzpflicht

§ 9 Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung

- ✓ **Lesehinweis:** [KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 16, S. 175-178](#)
- ✓ **Rechtsprechung:** [EGMR, Urteil vom 7.7.1989, A/161 \(§ 89\) – Soering v. Grossbritannien](#)

I. Bedeutung

- Historische Bedeutung
- Aktuelle Problemfelder
- Rechtsvergleichende Hinweise

II. Normbefund

- **BV: Art. 25 Abs. 1, 2 und 3**
- **EMRK: Art. 3 – Folterverbot**
Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.
- **UNO-Pakt II: Art. 7**
Niemand darf der Folter oder grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe unterworfen werden. Insbesondere darf niemand ohne seine freiwillige Zustimmung medizinischen oder wissenschaftlichen Versuchen unterworfen werden.
- **UNO-Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe von 10.12 1984: Art. 3**

III. Ausweisungs- und Auslieferungsverbot gemäss Art. 25 Abs. 1 BV

1. *Schutzbereich*

a) Sachlicher Schutzbereich

- Ausweisungsverbot → [indifferent](#)
- Auslieferungsverbot → [konkret an einen Staat](#) [Überschneidungen möglich](#)
- Überschneidungen
- Überstellung an ein internationales Gericht?

↳ es gibt Probleme bezüglich des Schutzbereiches. Oftmals wurde die Verfassung angepasst.

- Absoluter Schutz

b) Persönlicher Schutzbereich

Nur Personen mit schweizerischer Staatsbürgerschaft

2. Schutzbereichselemente für Ausländerinnen und Ausländer

Verfahrensrechtlicher Schutz → da tiefgreifende Eingriffe möglich

Drei Arten der Ausweisung:

Fremdenpolizeiliche Ausweisung zum Zweck der Aufrechterhaltung der inneren Ruhe, Ordnung und Sicherheit (Art. 10 ANAG) → **Bundesgesetz über den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländern**

- Politisch-polizeiliche Ausweisung durch den Bundesrat bei einer Gefährdung der Sicherheit des Landes auf Antrag der Bundesanwaltschaft (Art. 121 Abs. 2 BV)
- Strafrechtliche Landesverweisung nach Art. 55 StGB

IV. Das Rückschiebungsverbot für Flüchtlinge (Art. 25 Abs. 2 BV)

1. Bedeutung

- Historisch
- Völkerrechtlich
- Systematischer Bezug zu Art. 25 Abs. 3 BV

2. Der Flüchtlingsbegriff

- Völkerrechtliche Definition?
- Art. 3 Asylgesetz

Art. 3 AsylG: Flüchtlingsbegriff

(1) Flüchtlinge sind Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden.

(2) Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken. Den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen.

3. Das Rückweisungsverbot

Prinzip des Non-Refoulement: Art. 5 Abs. 1 AsylG; Völkergewohnheitsrecht mit zwingendem Charakter

Art. 5 AsylG – Rückschiebungsverbot (der Staat hat sich mit der Ratifikation zur Asylgewährung verpflichtet)

(1) (...)

(2) Eine Person kann sich nicht auf das Rückschiebungsverbot berufen, wenn erhebliche Gründe für die Annahme vorliegen, dass sie die Sicherheit der Schweiz gefährdet, oder wenn sie als gemeingefährlich einzustufen ist, weil sie wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist.

Keine Anwendbarkeit bei tatsächlicher Foltergefahr

Pragmatische Vorgehensweise

V. Auslieferungs- und Ausschaffungsverbot bei drohender Folter oder grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung (Art. 25 Abs. 3 BV)

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

• **Begriff der Ausschaffung**

Zwangweise Beendigung der Anwesenheit von Ausländerinnen und Ausländer

Rückschaffung

Art. 14 ANAG

(1) Die zuständige kantonale Behörde kann einen Ausländer in einen von ihr bezeichneten Staat ausschaffen, wenn:

- a. er die Frist, die ihm zur Ausreise gesetzt worden ist, verstreichen lässt;
- b. seine Weg- oder Ausweisung sofort vollzogen werden kann;
- c. er sich nach Artikel 13b in Haft befindet und ein rechtskräftiger Aus- oder Wegweisungsentscheid vorliegt.

b) Persönlicher Schutzbereich

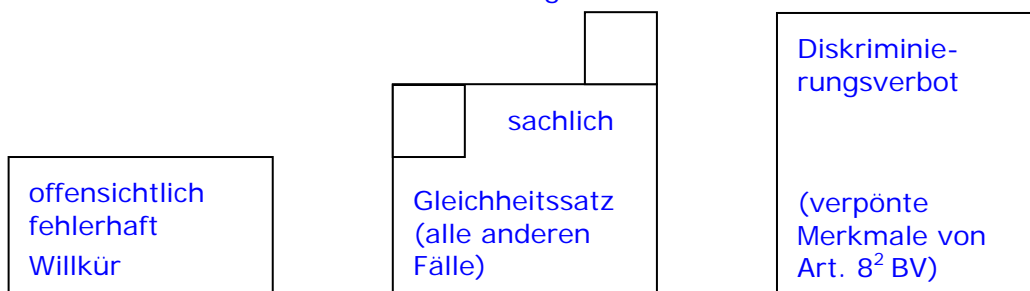
Alle Menschen, nicht nur Flüchtlinge

VI. Bezüge zur EMRK und zum UNO-Pakt II

Insbesondere Schutz vor Folter usw.
Auch Schutz vor Folter durch Private

Rechtfertigungsanforderung:

Willkür – Gleichheitssatz – Diskriminierungsverbot



Vorlesung vom 01.04.2008

Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.

§ 10 Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbot

- ✓ **Lesehinweis:** KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 33 und § 34, S. 345-378
- ✓ **Lesematerialien:** SUSY STAUBER-MOSER, Lohngleichheit und bundesgerichtliche Rechtsprechung, in: AJP 2006, S. 1352-1363
- ✓ **Rechtsprechung:** BGE 121 I 196

I. Bedeutung der Rechtsgleichheit und des Diskriminierungsverbotes

- Historische Bedeutung
 - ↳ Franz. Revolution (1789 → Egalité)
 - ↳ Aristoteles: jedem das Gleiche / Seine
 - ↳ Stoa: Gleichheit für bestimmte Personen
 - ↳ Art. 4 BV 1848 → Rechtsgleichheit nur für Schweizer
- Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip / politische Bürgerrechte
- Aktuelle Problemfelder

Warum zwei Verbürgungen?

II. Die Rechtsgleichheit

1. Normbefund

- **BV: Art. 8 Abs. 1**
- **EMRK: Art. 14 - Diskriminierungsverbot**

Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.
- **UNO-Pakt II: Art. 26**

Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten.

1. Welche Grundsätze beim Gleichheitsgebot kennen wir?
 - ↳ Gleichheitsgebot

2. Was wird geprüft?

a) Schutzbereich

- ↳ Vergleichbare Gruppe suchen
- ↳ faktische Ungleichbehandlung
 - ↳ hätte es rechtlich gleich behandelt werden müssen oder

b) Rechtfertigung

- ↳ sachlicher Grund

Gewährleistungsbereich

a) Schutzbereich

aa. Die Grundstruktur der Prüfung eines Gleichheitsrechts

- Relative Gleichheit → wer wird in einer vergleichbaren Situation wie behandelt?
- Das Prüfungsprogramm für das Gleichheitsgebot
 - ↳ Schutzbereich
 - ↳ vergleichbare Gruppen
 - ↳ ungleiche Behandlung
 - ↳ Rechtfertigung
 - ↳ sachliche (vernünftige) Gründe
- Prüfprogramm für das Differenzierungsgebot
 - ↳ Schutzbereich
 - ↳ unterschiedliche Gruppen
 - ↳ gleiche Behandlung
 - ↳ Rechtfertigung: sachliche Gründe

bb. Persönlicher Schutzbereich

- Natürliche Personen
- Juristische Personen

cc. Sachlicher Schutzbereich

- Verpflichtete:
 - Legislative
 - Exekutive
 - Judikative - ↳ alle drei Gewalten müssen sich an Art. 8 BV halten.
- Territoriale Gebundenheit des Gleichheitssatzes
 - ↳ Vergleichsgruppe in der selben Region

b) Rechtfertigung

aa. Grundlagen

- Sachliche Gründe
- Keine Verhältnismässigkeitsprüfung?

- Praxisänderung: auf welche Gleichheit kann man sich berufen? Eine Änderung muss begründet werden (z.B. viele Grüne im Parlament) → muss für alle künftigen Fälle gelten.
- Gleichbehandlung im Unrecht

c) Grundrechtskonkurrenz

- Abgrenzung zum Willkürverbot
- Abgrenzung zum Diskriminierungsverbot
- Verhältnis zu Freiheitsrechten
 - ↳ jenes prüfen, welches erfolversprechender ist, wo kommt man überzeugender zum Erfolg. Schliesst ein Freiheitsrecht.

III. Diskriminierungsverbot

Beispiele für Diskriminierungen

- ↳ Bsp. in Frankreich ⇒ Sprachvorschriften in gewissen Regionen
- ↳ In Finnland sprechen viele Menschen Schwedisch (als Amtssprache zugelassen)
- ↳ In der Schweiz Sprache geteilt in die verschiedenen Kantonsgebiete
 - ↳ Sprache als Ausdruck der Kultur wichtiges Recht

1. Normbefund

- **BV: Art. 8 Abs. 2**
- **EMRK: Art. 14 – Diskriminierungsverbot (s. oben)**
Artikel 1 ZP Nr. 12 – Allgemeines Diskriminierungsverbot

Der Genuss eines jeden gesetzlich niedergelegten Rechtes ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen des *Geschlechts*, der *Rasse*, der *Hautfarbe*, der *Sprache*, der *Religion*, der *politischen* oder *sonstigen Anschauung*, der *nationalen* oder *sozialen Herkunft*, der *Zugehörigkeit* zu einer nationalen *Minderheit*, des *Vermögens*, der *Geburt* oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.

Niemand darf von einer Behörde diskriminiert werden, insbesondere nicht aus einem der in Absatz 1 genannten Gründe.

- **UNO-Pakt II: Art. 2**
1) Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, die in diesem achten und sie allen in seinem Gebiet befindlichen unterstehenden Personen ohne Unterschied wie insbesondere Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, oder des sonstigen Status zu gewährleisten.

Art. 3

Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller in diesem Pakt festgelegten bürgerlichen und politischen Rechte sicherzustellen.

Art. 24

(I) Jedes Kind hat ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens oder der Geburt das Recht auf diejenigen Schutzmassnahmen durch seine Familie, die Gesellschaft und den Staat, die seine Rechtsstellung als Minderjähriger erfordert.

Art. 26 (s. oben)

2. *Schutzbereich*

- Begrifflichkeit

a) **Persönlicher Schutzbereich**

- Natürliche Personen
- Keine juristischen Personen?
 - ↳ kann sich eine juristische Person auf den Art. 8² berufen?
 - ↳ Es kommt darauf an, ob die juristische Person überhaupt betroffen ist → ist es dem Wesen nach auch auf JP anwendbar.
 - Rasse: ✗
 - Herkunft: ✓
 - ↳ die Liste in Art. 8² ist nicht abschliessend.
 - ↳ es liesse sich erwägen JP mit engem Bezug zu religiösen oder politischen Überzeugungen die Grundrechtsträgerschaft einräumen zu lassen.

b) **Sachlicher Schutzbereich**

- Qualifizierte Verletzungen des Rechtsgleichheitsgebotes
BGE 129 I 217 E. 2.1. S.223
- Verpönte Differenzierungsmerkmale führen zu strengerer Prüfung
 - **Ernsthafte und triftige** Gründe
- **Nicht abschliessende** Aufzählung der Merkmale
- Arten von Merkmalen:
 - **Direkte** Diskriminierung / **indirekte** Diskriminierung
direkt: an Rasse etc. anknüpfen
indirekt (in der Praxis viel häufiger): nicht direkt an die verpönten Merkmale anknüpfen (z.B. für die Aufgabe xy sind nur Personen zugelassen, die grösser als 1.70 m sind → Männer wären mehr bevorzugt).
 - **Akzessorische / selbständige** Gewährleistung
- Verpflichtete:
 - Alle drei Gewalten (**Gesetzgebung, Verwaltung, Gerichte**)
 - Drittwirkung?
 - ↳ ruhiger CH-Mieter gesucht (Herr Heselhaus auf der Suche nach einer Wohnung in Luzern) ⇒ im Privatrecht grundsätzliche Privatautonomie.

Unmittelbare Drittwirkung

↳ 8³ ⇒

mittelbare Drittwirkung

- ↪ z.B. Behinderte werden ausgeschlossen in einem Restaurant
- ↪ die unbestimmten Rechtsbegriffe des Zivilrechts (Treu und Glaube ect.) werden mit Ausstrahlung der Bundesverfassung ausgelegt

c) **Rechtfertigung**

- Vermutung der Unzulässigkeit (wenn verpönte Merkmale benutzt werden)
- Qualifizierte (ernsthafte und triftige) Gründe
 - Zulässiges Ziel und Zweck
 - und Verhältnismässigkeit
- ↪ in der Praxis auch immer denken an Erforderlichkeit, Geeignetheit und Verhältnismässigkeit ⇒ aber immer im Verhältnis zwischen zwei RechtsgüterIV. Besondere Gleichheitsgebote

3. **Gleiche Rechte für Mann und Frau**

- ↪ im Recht möchte die Gleichheit „gelebt“ werden.
 - ↳ lediglich funktionelle und biologische Unterschiede werden in einem engen Rahmen zugelassen.
 - funktional (enge Auslegung): z.B. wenn jemand sexuelle Übergriffe zum Opfer wurde, hat diejenige Person vor Gericht das Recht mind. eine Person seines Geschlechtes zu haben.

a) **Zum Vergleich: Diskriminierung bei den politischen Rechten**

- Schweiz 1971
- Frankreich 1945
- Deutschland 1918

b) **Grundstruktur des Art. 8 Abs. 3 BV**

- Satz 1: Schutz vor Diskriminierung aufgrund des Geschlechts
- Satz 2: Gleichstellungsauftrag an den Gesetzgeber
- Satz 3: Anspruch auf gleichen Lohn für gleiche Arbeit

c) **Das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 3 Satz 1**

- Grundsatz
- Ausnahmen
 - Biologische Unterschiede
 - Funktionelle Unterschiede
 - Abweichungen in Art. 59 und Art. 61 BV
 - Gleichstellungsauftrag nach Art. 8 Abs. 3 S. 2 BV

d) **Gleichstellungsauftrag nach Art.8 Abs. 3 Satz 2**

- Grundproblematik der Gleichstellung
- Modelle der Gleichstellung
 - Quotenregelungen

- Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz GIG, 24.3. 1995, SR 151.1)
- Fall: Universität Freiburg: „assozierte Professorin“

4. *Anspruch auf gleichen Lohn gemäss Art. 8 Abs. 3 BV Satz 3*

- Unmittelbare Drittwirkung
- Voraussetzungen für die Feststellung
 - Typischer Frauen- bzw. Männerberuf
 - BGer-E. 2a.205/2004 vom 8.4.2005 E.4.2, MTRA

5. *Die Beseitigung der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen nach Art. 8 Abs. 4 BV*

- Nicht einklagbarer Gesetzgebungsauftrag
 - BG über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (SR 151.3)
 - Bsp. Telefonkosten für Gehörlose

Vorlesung vom 04.04.2008

Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.

§ 11 Schutz der Privatsphäre

- ✓ **Lesehinweis:** KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 13, S. 146-163
- ✓ **Lesematerialien:** MARKUS SCHEFER, Kompetenzen und Grundrechte, das Hooligan-Gesetz wirft Fragen in Bezug auf die Bundeskompetenz und die Vereinbarkeit mit Grundrechten, DIGMA 2006 S. 60-65.
- ✓ **Rechtsprechung:** BGE 120 Ib 257

I. Bedeutung

- Historische **Bedeutung**
- Aktuelle Problemfelder
 - Neue Bedrohungen → z.B. E-Mailsystem (abfangen der Mails → weshalb ist der Hacker nicht durch GR angreifbar? Er ist Privatperson.
 - Neue technische Möglichkeiten
 - Wandel des gesellschaftlichen Bewusstseins? **Big Brother** etc.

II. Normbefund

- **Vorläuferregelungen: Art. 36 Abs. 4 aBV**
[...]
Die Unverletzlichkeit des Post- und Telegraphengeheimnisses ist gewährleistet.
- **BV: Art. 13 Abs. 1 und 2**
Systematischer Zusammenhang
- **EMRK: Art. 8 – Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens**
(1) Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.
(2) Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

- **UNO-Pakt II: Art. 17**

(1) Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden.

(2) Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen.

III. Schutzbereich und Eingriffe

1. Vorbemerkung zur historischen Entwicklung

a) Sachlicher Schutzbereich

Anlehnung an die Rechtsprechung des EGMR → Familienleben/Privatleben geschützt

- Wortlaut

Ergänzung um Datenschutz

Mehrere Gewährleistungen (Schutzbereichselemente)

b) Persönlicher Schutzbereich

Natürliche Personen → sind auf jeden Fall geschützt

- Sonderfall: Sonderstatusverhältnis → z.B. Gefangene (erleichterte Eingriffs- und Rechtfertigungsmöglichkeit)

Juristische Personen → Datenschutz und Briefverkehr möglich (dem Wesen nach)

2. Einzelne Schutzbereichselemente und korrespondierende Eingriffe

a) Achtung des Privatlebens

aa. Schutzbereich

- Weiter Begriff des Privatlebens
- Insb. Freiheit des Beziehungslebens → sexuelle Kontakte und andere Beziehungen
- Rechtsprechung des EGMR

bb. Eingriff

b) Achtung des Familienlebens

aa. Schutzbereich

- Definition?
- Abgrenzung zur Ehe: Art. 15 BV → garantiert Ehegründung → alles andere wird dann durch den Art. 13 geregelt.
- Effektiv gelebtes Konkubinatsverhältnis? → Zusammenleben ohne Trauschein → Es muss starke Bindung vorhanden sein (affektive und substantielle Abhängigkeit)
- Rechtsprechung des EGMR → umfassend

- Bezug zum Asyl- und Aufenthaltsrecht
 - ↳ hier kommt ein anderes Problem hinzu. Wir geben in einer Person Aufenthaltsbewilligung (nun könnte die andere Familie den Nachzug beanspruchen).

bb. Eingriff

Vorlesung vom 04.04.2008

Prof. Dr. Sebastian Heselhaus, M.A.

c) Achtung der Wohnung

aa. Schutzbereich

- Zweck
- Definition
 - ↳ Abschirmung von aussen üblicherweise in einem kleinen Kreise, kann jedoch auch in einem grösseren Kreise stattfinden.
 - ↳ Keller auch erfasst etc. ⇒ umfassendes Verständnis der Wohnung
 - ↳ Die Wohnung ist umfassend geschützt.
- Zelt geschützt?
 - ↳ ja, da abgegrenzt und der Sinn und Zweck erfüllt ist (Rückzugsmöglichkeit). Sinn und Zweck ⇒ Rückgezogenheit.
- Schutz der Geschäftsräume? Wirtschaftsfreiheit in BV
 - ↳ wenn mit Geschäftsaktivitäten zu tun hat, fällt es unter die Wirtschaftsfreiheit.
- Rechtsprechung des EGMR
 - ↳ in der EMRK lösen: Wirtschaftsfreiheit.

bb. Eingriff

Beispiele

- Unbefugtes Eindringen
- Ausspähen oder Aushorchen
- Bau- und planungsrechtliche Bewilligungsentscheide
 - ↳ viele Fälle aus dem Strafrecht

d) Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs (**Fernmeldeverkehr insb. Telegraf und Telefon**)

Geschützt, weil normalerweise nur der Staat diese Aufgabe übernommen hat. Weil der Staat zugriff hat(te) auf diese Daten (starke Eingriffsmöglichkeiten) ⇒ Grund für die Verbürgung.

- ↳ Heute Privatisiert, wobei Möglichkeit besteht seitens des Staates einzugreifen (Zugriffsrecht z.B. bei Mails auf dem Server oder bei einem Privatanbieter im Telefonbereich)

aa. Schutzbereich

- Historischer Hintergrund
- Bleibende Bedeutung
- Weiter Ansatz
 - ↳ wir wollen Schützen die Kommunikation mit anderen. Grundsätzlich soll die Kommunikation geschützt sein (auch über die Distanz).

- Vergleich mit Art. 8 EMRK

bb. Eingriff

- Besondere Gefahrenlage

↳ Kinderpornographie ⇒ die Schwelle wird nach unten gedrückt.

Recherche auf dem Laptop (von schmutzigen Seiten). Unter welchem Grundrecht sollte dieser Eingriff geprüft werden? Online sein kann verschiedenen Grundrechten zugeordnet werden (nach dem Bundesgericht ist noch nicht entschieden wo man es zuordnen möchte ⇒ informationelle Selbstbestimmung, also in Richtung Datenschutz haben einige Zeichen darauf hingedeutet)

↳ Art. 13²

↳ 16?

↳ Art. 10?

Zur Abgrenzung muss man die Definitionen präsent haben. ⇒ grammatikalische Auslegung.

Welche Auslegungsmöglichkeiten kämen zum Tragen, wenn man die Grundrechte gegeneinander abgrenzen möchte (systematische) ⇒ wo wird es evtl. auch noch zugeordnet?

Was wollte der Gesetzgeber ⇒ historisch

Was ist der Sinn und Zweck? ⇒ teleologisch.

e) Recht auf „Datenschutz“

aa. Schutzbereich

Beim Datenschutz ist man relativ vorsichtig. Die Frage ist immer jene des Missbrauchs.

↳ Überzeugung den Datenschutz rausnehmen und ihn in Art. 13²

- Bedeutung
- Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten oder informationelle Selbstbestimmung?
- Umfang der Verbürgung

bb. Eingriff

3. Abgrenzung zu anderen Grundrechtsverbürgungen

- Art. 10 Abs. 2 BV
- Art. 14 BV

IV. Rechtfertigung

Rechtfertigung keine Spezifikationen. Der Staat will Verbrecher aufdecken: **Strafrechtspflege!**

Vorbemerkung zur Schutzbereichsbezogenheit der Rechtfertigungsprüfung

Art. 36 BV als Grundlage für Eingriffe

1. **Gesetzliche Grundlage**
2. **Öffentliches Interesse**
3. **Verhältnismässigkeit**
4. **Kerngehalte**

§ 12 Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15)

- ✓ Lesehinweis: [KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 27, S. 263-281](#)
- ✓ Rechtsprechung: [BGE 119 Ia 178](#)

I. Bedeutung

Aktuelle Konflikte

- ↪ Minarette (Landschaftsbild)
- ↪ Kopftuchverbot
- ↪ Badeverbot
- ↪ Religionsunterricht
- ↪ Schächterverbot ⇒ Schadstoffe sollen ausgeschieden werden
 - ↳ Problem mit dem Tierschutz (Verfassungsrang) → Pragmatische Einigung (das Lamm wird liebevoll behandelt, darf dafür aber geschächtet werden).
- Historische Bedeutung
 - ↪ Judendiskriminierung
 - ↪ 30-jähriger Krieg ⇒ vorher wer das Gebiet hat, der bestimmt die Religion
 - ↪ Nach der langen Messern in FrankreichReligion wird gerne hinzugezogen, um Kriege legitimieren zu können.
- Heutige Funktionen
 - ↪ Heute wider schwieriger, da es verschiedene Religionen gibt ⇒ Toleranzgebot (Gleichberechtigung). Muss das sein? Muss man ein Kreuz an der Wand haben? Gäbe es andere Möglichkeiten? etc.
 - ↳ Sensibilität muss vorhanden sein.
- Aktuelle Problemfelder

II. Normbefund

- **Frühere Verbürgungen in der Schweiz: Art. 27 Abs. 3 aBV**

Der Bund ist befugt, außer der bestehenden polytechnischen Schule eine Universität und andere höhere Unterrichtsanstalten zu errichten oder solche Anstalten zu unterstützen.

Die Kantone sorgen für genügenden Primarunterricht, welcher ausschließlich unter staatlicher Leitung stehen soll. Derselbe ist obligatorisch und in den öffentlichen Schulen unentgeltlich.

Die öffentlichen Schulen sollen von den Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit besucht werden können.

Art. 49 aBV

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist unverletzlich.

Niemand darf zur Teilnahme an einer Religionsgenossenschaft, oder an einem religiösen Unterricht, oder zur Vornahme einer religiösen Handlung gezwungen, oder wegen Glaubensansichten mit Strafen irgendwelcher Art belegt werden.

Über die religiöse Erziehung der Kinder bis zum erfüllten 16. Altersjahr verfügt im Sinne vorstehender Grundsätze der Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt.

Die Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte darf durch keinerlei Vorschriften oder Bedingungen kirchlicher oder religiöser Natur beschränkt werden.

Die Glaubensansichten entbinden nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten. Niemand ist gehalten, Steuern zu bezahlen, welche speziell für eigentliche Kultuszwecke einer Religionsgenossenschaft, der er nicht angehört, auferlegt werden. Die nähere Ausführung dieses Grundsatzes ist der Bundesgesetzgebung vorbehalten.

Art. 50 aBV

Die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen ist innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung gewährleistet.

Den Kantonen sowie dem Bunde bleibt vorbehalten, zur Handhabung der Ordnung und des öffentlichen Friedens unter den Angehörigen der verschiedenen Religionsgesellschaften sowie gegen Eingriffe kirchlicher Behörden in die Rechte der Bürger und des Staates die geeigneten Maßnahmen zu treffen.

Anstände aus dem öffentlichen oder Privatrechte, welche über die Bildung oder Trennung von Religionsgenossenschaften entstehen, können auf dem Wege der Beschwerdeführung der Entscheidung der zuständigen Bundesbehörden unterstellt werden.

Die Errichtung von Bistümern auf schweizerischem Gebiete unterliegt der Genehmigung des Bundes.

Art. 53 aBV

Die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes ist Sache der bürgerlichen Behörden. Die Bundesgesetzgebung wird hierüber die nähern Bestimmungen treffen.

Die Verfügung über die Begräbnisplätze steht den bürgerlichen Behörden zu. Sie haben dafür zu sorgen, dass jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann.

- **Kantone:**

Alle Kantonsverfassungen schützen diese Rechte.

Vgl. insb. § 2 der Staatsverfassung des Kantons Luzern vom 29. Januar 1875.

- **EMRK: Art. 9 – Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit**

(1) Jede Person hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit; dieses Recht umfasst die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit ande-

ren öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht oder Praktizieren von Bräuchen und Riten zu bekennen.

(2) Die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu bekennen, darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die öffentliche Sicherheit, zum Schutz der öffentlichen Ordnung, Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

- **UNO-Pakt II: Art. 18**

(1) Jedermann hat das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit. Dieses Recht umfasst die Freiheit, eine Religion oder eine Weltanschauung eigener Wahl zu haben oder anzunehmen, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung allein oder in Gemeinschaft mit anderen, öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Beachtung religiöser Bräuche, Ausübung und Unterricht zu bekunden.

(2) Niemand darf einem Zwang ausgesetzt werden, der seine Freiheit, eine Religion oder eine Weltanschauung seiner Wahl zu haben oder anzunehmen, beeinträchtigen würde.

(3) Die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu bekunden, darf nur den gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung, Gesundheit, Sittlichkeit oder der Grundrechte und -freiheiten anderer erforderlich sind.

(4) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die Freiheit der Eltern und gegebenenfalls des Vormunds oder Pflegers zu achten, die religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen.

Art. 27

In Staaten mit ethnischen, religiösen oder sprachlichen Minderheiten darf Angehörigen solcher Minderheiten nicht das Recht vorenthalten werden, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, ihre eigene Religion zu bekennen und auszuüben oder sich ihrer eigenen Sprache zu bedienen.

III. Schutzbereich

1. Sachlicher Schutzbereich

- Definitionen:
 - Glauben
 - Religion ⇒ so wie der Glaube von der Glaubensgesellschaft gelebt wird.
 - Weltanschauliche Überzeugung

Es muss **transzendent** sein (sich also vom Dissein abheben), damit man von der Weltanschauung sprechen können. Fehlt dieses Element, ist dies zwar eine gute Lebenseinstellung, doch spricht man dann noch nicht von der Weltanschauung.

 - Gewissen ⇒ innere Einstellung (hier darf der Staat überhaupt nicht eingreifen (Krenbereich). Je mehr wir uns öffnen, desto eher darf der Staat eingreifen.
- Elemente:
 - Innere und äussere Glaubensfreiheit ⇒ der innere Glaube ist geschützt (der Eingriff in diesen Bereich ist tabu)

- Gewissensfreiheit ⇒ nahe bei der eigenen Person.
 - Kultusfreiheit ⇒ das ist der Kult (Gottesdienst = Kulthandlung) ⇒ hier ist ein Eingriff eher möglich
 - Ausübungsfreiheit ⇒ weitere Elemente kommen hier hinzu (z.B. strenge Gebetsregelung und die Vorlesungsstunde wird überzogen)
 - Verbreitungsfreiheit ⇒ werben soll möglich sein. Bei den Juden ist dies nicht der Fall. Verbreitungsfreiheit ist erfasst.
 - Religiös geprägte Lebensweise ⇒ noch weitergehend. Die Art und Weise der Essregeln, könnten z.B. die eigene Religion tangieren.
- ↪ die Abgrenzung zwischen der Wirtschaftsfreiheit und dem religiösen Missionieren ist oftmals nicht ganz einfach.

Toleranzgebot

- ↪ ein nebeneinander zulassen oder gar nichts? Wir haben uns für das Nebeneinander entschieden, denn das Garnichts ist auch eine Religion.
- Abwehrfunktion:
 - Positive Freiheit
 - Negative Freiheit
 - Objektivrechtlicher Gehalt

2. Persönlicher Schutzbereich

- Natürliche Personen
 - Religionsmündigkeit: Art. 303 ZGB
 - Juristische Personen?
 - BGE 102 Ia 468
 - Kirchensteuerpflicht juristischer Personen
- ↪ sind nicht geschützt ⇒ eine juristische Person ist nicht geschützt. Deshalb müssen die JP Kirchensteuern zahlen. Die JP hat kein Gewissen und deshalb ist es gerechtfertigt.
- ↳ Problem: wenn ich ein grosses Projekt verwirklichen möchte und aus monetären Gründen ein Unternehmen gründe meint Herr Heselhaus, sollte es möglich sein von der Religionsfreiheit erfasst zu werden.
 - ↳ Die Literatur hält diese Regelung eigentlich nicht für sehr gut, doch bestätigt dies die Rechtsprechung im Sinne der Kirchen.

3. Grundrechtskonkurrenzen

- Meinungs- und Informationsfreiheit
- Kunstfreiheit
- Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit
- Persönliche Freiheit
- Wirtschaftsfreiheit

IV. Eingriffe

- Weiter Eingriffsbegriff
- Keine direkte Drittwirkung
- Schutzpflichten des Staates

V. Rechtfertigung

1. Gesetzliche Grundlage

- Schwerwiegende Eingriffe
- Polizeiliche Generalklausel?

2. Öffentliches Interesse

- Insbesondere polizeiliche Gründe
- Bauliche Gründe
- Schutz der Grundrechte Dritter
- Vorbehalt der bürgerlichen Pflichten
- Neutralitätspflicht des Staates

3. Verhältnismässigkeit

- Beispiele aus der Rechtsprechung.

4. Kerngehalt

- Innerster Bereich der religiösen und ethischen Selbstverantwortung (*forum internum*)
- Negative Freiheit nach Art. 15 Abs. 4 BV

VI. VI. EMRK in Grundzügen

- Art. 9 EMRK
- Für Vereinigungen s. Art. 34 EMRK
- Art. 9 Abs. 1 EMRK: Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit
- Art. 9 Abs. 2 EMRK: Weltanschauungsfreiheit
- Beispiele aus der Rechtsprechung

§ 13 Meinungs- und Informationsfreiheit

- ✓ **Lesehinweis:** KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 18 und § 19, S. 200-210
- ✓ **Rechtsprechung:** BGE 107 Ia 226, 229

I. Bedeutung

Einführung

Kerngrundrecht in der Geschichte der Demokratie. Kommunikationsgrundrechte: (Meinungs- und Informationsfreiheit, Medienfreiheit, Versammlungsfreiheit)

- Historische Bedeutung
 - ↳ Meinungen wurden lange Zeit stark eingeschränkt.
 - ↳ Petitionsrecht (dieses kennen wir seit langer Zeit). Früher, ein Begehren an den Monarchen richten. Früher konnte man nicht verurteilt werden für die Inhalte einer Petition (könnte man als Anfang der Meinungsfreiheit deuten).
- Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip ⇒ in der Französische Revolution kam diese stark zum Ausdruck.
- Aktuelle Problemfelder

II. Normbefund

- **1965 ungeschriebenes Grundrecht:** BGE 87 I 114 E. 2 S. 117 – Sphinx-Film
- **BV: Art. 16**
- **EMRK: Art. 10 – Freiheit der Meinungsäusserung**
 - (1) Jede Person hat das Recht auf **freie Meinungsäusserung**. Dieses Recht schliesst die **Meinungsfreiheit** und die Freiheit ein, **Informationen** und **Ideen** ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Radio-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.
 - (2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit **Pflichten** und **Verantwortung verbunden**; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.
- **UNO-Pakt II: Art. 19**
 - (1) Jedermann hat das Recht auf **unbehinderte Meinungsfreiheit**.
 - (2) Jedermann hat das Recht auf freie Meinungsäusserung; dieses Recht schliesst die Freiheit ein, ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedanken gut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben.
 - (3) Die Ausübung der in Absatz 2 vorgesehenen Rechte ist mit besonderen Pflich-

ten und einer besonderen Verantwortung verbunden. Sie kann daher bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die erforderlich sind

- a) für die Achtung der Rechte oder des Rufs anderer;
- b) für den Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public), der Volksgesundheit oder der öffentlichen Sittlichkeit.

III. Schutzbereich

1. Sachlicher Schutzbereich

- Meinungen:
 - Relativ **weite Definition**: „die Ergebnisse von Denkvorgängen sowie rational fassbar und mitteilbar gemachte Überzeugungen in der Art von Stellungnahmen, Wertungen, Anschauungen und dergleichen“ (BGE 117 Ia 472 E. 3c, S. 478)
 - **Alle Formen** von Meinungen
 - Funktionale Ausrichtung: **kein Schutz kommerzieller Äusserungen** (s. Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV)
 - Vergleich: Art. 10 EMRK
 - Schutzzumfang: **Meinungsbildung, -äusserung und -verbreitung**
 - Alle Ausdrucksmittel
- Informationen:
 - Sowohl Meinungen wie auch Tatsachenmitteilungen
 - Aus allgemein zugänglichen Quellen

2. Persönlicher Schutzbereich

- Alle natürlichen Personen ⇒ [auch im Sonderstatusverhältnis gilt im Prinzip die Meinungsfreiheit.](#)
- Auch juristischen Personen

3. Meinungsfreiheit im Sonderstatusverhältnis

Beamtenstatus:

- Treuepflicht dem Gemeinwesen gegenüber und
- Neutralität des Staates.

4. Verhältnis zu anderen Grundrechtsverbürgungen

- Subsidiär gegenüber anderen spezifischeren Kommunikationsgrundrechten
- Religiöse Äusserungen fallen in den Anwendungsbereich der Religionsfreiheit (BGE 125 I 369 E. 5b, S. 378).

IV. Eingriff

- Weiter Eingriffsbegriff
- Insbesondere
 - Unmittelbarer Eingriff:
 - Mittelbarer Eingriff: sog. *chilling effect*

V. Rechtfertigung

1. Gesetzliche Grundlage

- Schwerwiegende Eingriffe: etwa Schutz der Ehre (Art. 173 ff. StGB) oder das Rasendiskriminierungsverbot (Art. 261bis StGB)
- Keine extensive Auslegung von Schranken

2. Öffentliches Interesse

Beispiele:

- Schutz der Polizeigüter
- Koordination von unterschiedlichen Nutzungsinteressen (gesteigerter Gemeingebrauch): BGE 124 I 267 E. 3d, S. 271 f.

3. Verhältnismässigkeit

Bedeutung der Meinungsfreiheit in einer demokratischen Gesellschaft

Beispiel: sachliche Gerichtsberichterstattung: BGer, unveröffentlichtes Urteil 2P.45/1995 vom 16.10.1995 E.2

4. Kerngehalt

- Verbot der allgemeinen Vorzensur im Sinne einer allgemeinen und vorgängigen Inhaltskontrolle
- Individuell konkrete Präventiveingriffe?

VI. Grundzüge der EMRK

§ 14 Medienfreiheit

- ✓ Lesehinweis: [KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 20, S. 211-222, § 19, S. 202-210](#)
- ✓ Rechtsprechung: [BGE 132 I 181, 187, 193](#)

I. Bedeutung

- Historische Bedeutung: Pressefreiheit → bereits die Helvetische Verfassung von 1798 garantierte die Freiheit der Presse
- Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip → der ungehinderte Fluss von Informationen und Meinungen hat eine grosse gesellschaftliche und politische Bedeutung
- Aktuelle Problemfelder

II. Normbefund

- **Verfassung von 1798: Art. 7**
Die Pressefreiheit ist eine natürliche Folge des Rechtes, das jeder hat, Unterricht zu erhalten.
- **BV: Art. 17**
- **EMRK: Art. 10 - Freiheit der Meinungsäusserung**
(1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäusserung. Dieses Recht schliesst die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Radio-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.
(2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.
- **UNO-Pakt II: Art. 19 (abgeschlossen in New York am 16. Dezember 1966; von der Bundesversammlung genehmigt am 13. Dezember 1991).**
(1) Jedermann hat das Recht auf unbehinderte Meinungsfreiheit.
(2) Jedermann hat das Recht auf freie Meinungsäusserung; dieses Recht schliesst die Freiheit ein, ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen Informationen und Gedankengut jeder Art in Wort, Schrift oder Druck, durch Kunstwerke oder andere Mittel eigener Wahl sich zu beschaffen, zu empfangen und weiterzugeben.
(3) Die Ausübung der in Absatz 2 vorgesehenen Rechte ist mit besonderen Pflichten und einer besonderen Verantwortung verbunden. Sie kann daher bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die erforderlich sind
 - a) für die Achtung der Rechte oder des Rufes anderer;
 - b) für den Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public), der Volksgesundheit oder der öffentlichen Sittlichkeit.

III. Schutzbereich

1. Sachlicher Schutzbereich

a) Medienarten (nicht abschliessend):

- Pressefreiheit (Druckerzeugnisse)
- Radio- und Fernsehfreiheit (audiovisuelle Medien)
- Weitere Formen von fernmeldetechnisch verbreiteten Informationen (wie Internet oder Teletext)

b) Form: offen

- Periodische und auch einmalige Publikationen wie Flugblätter oder Plakate

c) Schutzzumfang:

- Inhalte nur ideeller Art
- Verbreitung von Darbietungen und Informationen
- Freiheit des Medienschaffenden, Darstellungsform; journalistische Darstellungsmittel
- Empfang von Informationen?
- Zugang zu den Massenmedien?
- Redaktionsgeheimnis gemäss Art. 17 Abs.3 BV
 - Quellenschutz
 - Zeugnisverweigerungsrecht

d) Zusätzliche Absicherung:

- Allgemeiner Programmauftrag nach Art. 93 Abs.2 BV

2. Persönlicher Schutzbereich

- Alle natürlichen Personen
- Auch juristischen Personen

3. Drittwirkung

- Indirekte Drittwirkung: Art. 35 Abs. 3 BV Gestaltungsauftrag
- Direkte Drittwirkung?

4. Grundrechtskonkurrenz

- Wirtschaftsfreiheit
- Art. 13 BV, Schutz der Privatsphäre
- Verhältnis zur Meinungsfreiheit

IV. Eingriffe

V. V. Rechtfertigung

Generell Anerkennung der politischen Bedeutung der Medienfreiheit

1. *Gesetzliche Grundlage*

- Keine extensive Auslegung

2. *Öffentliches Interesse*

3. *Verhältnismässigkeit*

Intensiverer Schutz bei

- Terrorismusbekämpfung oder
- Gewährleistung der nationalen Sicherheit?

4. *Kerngehalt*

- Verbot der systematischen Vorzensur im Sinne einer vorgängigen (vor der Publikation), planmässigen und systematischen Inhaltskontrolle
- Verbot der systematischen Nachzensur
- Anders hingegen für die Vorzensur als präventive Massnahme

§ 15 Versammlungsfreiheit

- ✓ **Lesehinweis:** [KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 21, S. 223-230](#)
- ✓ **Lesematerialien:** [SIMON TURNHEER, Duldung freier Meinungsäusserung als positive staatliche Leistung?, AJP 2006, S. 943-948.](#)
- ✓ **Rechtsprechung:** [BGE 132 I 256](#)

I. Bedeutung

- Historische Bedeutung
- Menschenrechtliche Funktion
- Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip
- Demonstrationsfreiheit? Versammlung unter freiem Himmel
- Aktuelle Problemfelder

II. II. Normbefund

- **In kantonalen Verfassungen**
- **1970 ungeschriebenes Grundrecht**
- **BV: Art. 22**
- **EMRK: Art. 11 – Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit**

(1) Jede Person hat das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschliessen; dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.

(2) Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Dieser Artikel steht rechtmässigen Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung nicht entgegen.
- **UNO-Pakt II: Art. 21**

Das Recht, sich friedlich zu versammeln, wird anerkannt. Die Ausübung dieses Rechts darf keinen anderen als den gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen unterworfen werden, die in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public), zum Schutz der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.

III. Schutzbereich

1. Sachlicher Schutzbereich

- Definition: jede, nicht auf Dauer angelegte Zusammenkunft von Personen mit einem gemeinsamen Ziel.
- Elemente:
 - Austausch oder die Äusserung von Meinungen
 - Gewisser Organisationsgrad (gemeinsame Zweckverfolgung)
 - Mindestanzahl: 2 Personen
 - Versammlungen unter freiem Himmel und in geschlossenen Räumen.
- Unfriedlichkeit: BGE 58 I 84 E. 1, S. 90 f., Humbert-Droz
- Funktion:
 - Fundamentales Bedürfnissen der Menschen
 - Politische Funktion?
- Demonstrationen?
- Problembereiche: Paraden, Sportveranstaltungen (vgl. Kunstfreiheit, Wirtschaftsfreiheit, Vereinigungsfreiheit)
- Schutzzumfang:
 - Organisation; Gestaltung; teilnehmen oder fernbleiben

- Beschränkter positiver Leistungsanspruch auf Nutzung des öffentlichen Grundes
- Verhältnis zu EMRK

2. *Persönlicher Schutzbereich*

- Alle natürlichen Personen
- Juristische Personen? Als Veranstalter etwa

3. *Grundrechtskonkurrenz*

- Vereinigungsfreiheit
- Religiöse Versammlungen
- Kunstfreiheit, Art. 21 BV
- Wissenschaftsfreiheit, Art. 20 BV
- Meinungsäusserungsfreiheit ist subsidiär

IV. Eingriffe

- Beispiele:
Staatliche Bewilligungspflicht; präventive Verbote, die Erteilung von Auflagen oder das Vermummungsverbot
- Feuerpolizeiliche Auflösung einer Versammlung
- Schwerwiegender Eingriff

V. Rechtfertigung

1. *Gesetzliche Grundlage*

- Überholte Rechtsprechung zum Bewilligungserfordernis? BGE 119 Ia, 445, S. 449, E. 2a
- Probleme für kleinere Gemeinden: BGE 119 IA 445, S. 449

2. *Öffentliches Interesse*

- Beispiele: Schutz der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit
- Repressive Polizeimassnahmen nur gegen den Störer zulässig (Gegendemonstrationen, s. Grundrechtskollision)

3. *Verhältnismässigkeit*

- Höhere Anforderungen bei ideellem Gehalt
- Verweigerung einer Bewilligung? BGE 127 I 164; BGE. 3b S. 170; BGE. 4b S. 175 f.

4. *Kerngehalt*

- Verbot der Vorzensur
- Bewilligungspflicht bei Spontan- und Eildemonstrationen

VI. Grundzüge EMRK

§ 16 Eigentumsgarantie

- ✓ **Lesehinweis:** Kiener/Kälin, § 28, S. 282-299
- ✓ **Lesematerialien:** ALEXANDER RUCH, Die expansive Kraft der materiellen Enteignung, ZBL 2000, S. 617-629.
- ✓ **Rechtsprechung:** BGE 130 I 360

I. Bedeutung

- Historische Bedeutung ⇒ alte Geschichte (Eigentumsrecht als altes Recht)
 - Rechtsphilosophische Grundlagen Rechtsphilosophie verfolgt immer politische Interessen.
Gegen den Grundvertrag (Gesellschaftsvertrag) darf nicht verstossen werden.
Durch die Verarbeitung wird es Eigentum (durch das Aktive Handeln).
Wurde damals vom Bürgertum sehr begrüsst, da die Bürger alles aufgebaut haben und gerechtfertigt haben, den König vor Eingriffen abzuhalten.
 - hat sich starken Veränderungen unterzogen bis heute. Heute werden viele Geschäfte nicht lediglich durch physische Arbeit verrichtet.
 - Französische Menschenrechtserklärung von 1789 ⇒ Grundrechtseigentum (das heilige Recht des Eigentums → von Gottes Gnaden gewährleistet).
- Aktuelle Problembereiche
 - ↪ Beschlagnahmung z.B. von Hanfpflanzen → die Benutzungsrechte werden entzogen.
 - ↪ Hausbesetzungen → Private beeinträchtigen das Eigentum anderer Privaten.
 - ↳ hier kommt die mittelbare Drittwirkung zum Zuge → der Staat hat eine Schutzpflicht.
 - ↪ Umweltschutz: Entlebung, schöne Wohnlage, seltene Tiere. Die Fläche darf nicht mehr Landwirtschaftlich genutzt werden.
 - ↪ Denkmalschutz

II. Normbefund

- **In fast allen Kantonsverfassungen**
- **1960 ungeschriebenes Grundrecht**
- **1969: Art. 22ter aBV**
 - (1) Das Eigentum ist gewährleistet.
 - (2) Bund und Kantone können im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse im öffentlichen Interesse und auf dem Wege der Gesetzgebung die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen.
 - (3) Bei Enteignung und bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, ist volle Entschädigung zu leisten.
- **BV: Art. 26**
- **EMRK: Art. 1 1. Zusatzprotokoll – Schutz des Eigentums**

Jede natürliche oder juristische Person hat das Recht auf *Achtung ihres Eigentums*. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn, dass das öffentliche Interesse es verlangt, und *nur unter den durch Gesetz und durch die allgemeinen Grundsätze* des Völkerrechts vorgesehenen Bedingungen.

Absatz 1 beeinträchtigt jedoch nicht das Recht des Staates, diejenigen Gesetze anzuwenden, die er für die Regelung der Benutzung des Eigentums im Einklang mit dem Allgemeininteresse oder zur Sicherung der Zahlung der Steuern oder sonstigen Abgaben oder von Geldstrafen für erforderlich hält.

III. Grundrechtliche Funktionen

Das Problem ist, dass das Eigentum schlecht fassbar ist.

- Institutsgarantie (als ein Minimum): da es Eigentum eigentlich gar nicht gibt, sondern ein rechtliches Konstrukt ist, muss der Staat dieses Konstrukt genügend umschreiben.
- Bestandsgarantie: Bedeutet nichts anderes, als ein Abwehrrecht, gegen Eingriffe (Abwehrrecht gegen den Staat). Oder der Staat schützt vor Eingriffen Dritter.
- Wertgarantie: wenn in das Eigentum eingegriffen wird, kann ich um Wertersatz fordern. Grundregeln: wenn der Staat enteignet, muss er eine volle Entschädigung zahlen. Der Staat muss eine Vollentschädigung geben (steht ausdrücklich im Art. 26 BV).

IV. Schutzbereich von Art. 26 BV

1. Sachlicher Schutzbereich

- Definition: **Gesamtbestand der eigentumsrelevanten Normen**: Privatrecht (Art. 641 ff. ZGB) und andere Rechtspositionen
- Beispiele: dingliche Eigentum, Schuldrechtliche Ansprüche, wohlerworbene Ansprüche.
- Das geistige Eigentum → heute stark thematisiert. Heutzutage wird viel „abgekupfert“ (Raubkopien etc.). Was ist das geistige Eigentum eigentlich? → Urheberrechte: übergibt die Vollmacht über eine gewisse Sache, welche man sich selber erarbeitet hat. ZB. Reader wird verkauft. Dies ist nur verboten, wenn es gesetzlich verboten ist. Annahme im Reader werden Zitate verwendet. Es ist entscheidend wo die Grenze gezogen wird → wie viel zitieren ist toleriert und ab wann ist es Urheberrechtsverletzung.
In China ist kopieren auch eine Kunst.
Der Schutz des geistigen Eigentums ist nicht sehr alt. Welches Ziel wird damit verfolgt? Die Entwicklungsphase eines Produkt muss z.B. entschädigt werden.
- Schutz des Vermögens? der Staat darf sich nicht auf rein fiskalische Gründe stützen. Herr Heselhaus würde den Schutz des Vermögens nicht in den Schutzbereich nehmen. Obwohl, wenn auf ein konkreter Gegenstand eine Einschränkung passieren würde (Porsche Cayenne), könnte man argumentieren, dass eine solche Erdrosselungssteuer in das Grundrecht eingreift.
- Eigentumserwerb: ist auch geschützt. Die Möglichkeit sachenrechtlich neues Eigentum zu erwerben gehört zum Eigentumsrecht.
- Erbrecht?: weshalb schwierig als Eigentumsrecht zu behandeln? Es gibt keinen postmortalen Grundrechtsschutz → das Grundrecht auf Eigentum entfällt also mit

dem Tod.

↳ Rettungsanker: GR Persönliche Freiheit.

- öffentlichrechtliche Eigentumsrecht ⇒ je mehr die betreffende Person geleistet hat, desto eher fällt es in das Eigentum. Es kommt auf die Leistung der Einzelperson an. Der Staat kann eingreifen, muss sich aber für allfällige Eingriffe rechtfertigen.

Normhierarchie

↳ BV

↳ Gesetze

↳ Verordnung

Das Grundrecht ist anfällig, weil der Gesetzgeber die Definition des Eigentums vornehmen kann und einfach sagen kann „wir nehmen dies oder das nicht zum Eigentum“.

Bestands- und Wertgarantie

2. *Persönlicher Schutzbereich*

- Natürliche Personen
- Juristische Personen

V. Eingriffe

- Weiter Eingriffsbegriff: jeder Zugriff auf mein Eigentum ist ein Eingriff (kann rechtlich oder faktisch sein). Faktisch: Strasse wird aufgerissen und ich komme nicht zu meinem Haus.
- Beschränkungen
- Enteignungen: der Staat sagt, ich brauche etwas. Der Staat sagt, wir lassen allen das Eigentum, ausser jener konkreter Person oder jenen Personen.
 - ↳ Abgrenzung zwischen Enteignung und Beschränkung ist wichtig. Wenn ich eine Zigarette am Abend am Ort xy nicht rauchen darf. Wenn mir die Zigarette weggenommen wird → Enteignung.
 - ↳ Zweifelsfälle sind im Naturschutz, Denkmalschutz auszumachen ⇒ weil grosse Einschränkungen vorliegen (die Nutzungsbeschränkung wurde so stark vorgenommen, dass es sich um eine faktische Enteignung handelt → kann auf Wertersatz klagen).
- Zerstörung: Tiere werden gekeult, weil eine Krankheit in der Herde vorhanden ist. Hier wäre eine Zerstörung gegeben.

VI. Rechtfertigung

1. Rechtfertigung von Beschränkungen nach Art. 36 BV

a) Gesetzliche Grundlage

- Schwerwiegende Eingriffe: BGE 99 Ia 247; BGE. 2 S. 251; BGE 108 Ia 33; BGE 30 S.35; BGE 109 Ia 188; BGE 2 S. 190; BGE 115 Ia 363; BGE 2a S. 365
 - Auch relevant für Entschädigungspflicht

hier kann unterschiedlich vorgegangen werden bei der Prüfung.

- ↪ **Entzug von Eigentumsrechten** (Enteignung = immer schwer; wenn nur Teilenteignung → Prüfung, ob tatsächlich schwerer Eingriff).
- ↪ die **Umzonung** von der Bauzone in die Nichtbauzone (Grundsatz: man hat keinen Anspruch auf Einzonung in Bauland; was ist jedoch, wenn Umzonung von Bauzone in nicht-Bauzone → Recht geht verloren → Vertrauensschutz, formales Argument)
- ↪ ein **umfassendes Bauverbot** auf einem eingezogenen, erschlossenen und für die bauliche Nutzung geeigneten Grundstück;
- ↪ die **Aufhebung eines Gestaltungsplans**, der die Überbauung eines Grundstücks ermöglicht hatte;
- Nicht schwerwiegende Eingriffe
 - ↪ Vorschriften über die Maximalgrösse von Einkaufszentren;
 - ↪ Festsetzung eines Mindestwohnanteils für Neubauten;
 - ↪ die Verpflichtung, die äussere Hülle eines Gebäudes zu erhalten
 - ↪ ein Verbot der Errichtung von Wohnbauten ohne Schallschutz in der Zone C eines luftfahrtrechtlichen Lärmzonenplanes;

b) Öffentliches Interesse

- Nicht rein fiskalischer Natur (s. Schutz des Vermögens)
- Baupolizeiliche Massnahmen (Schutz des einzelnen, falls etwas zusammenbricht, Schutz der Nachbarschaft, Schutz der Öffentlichkeit)
- Raumplanung, Umweltschutz, Natur- und Heimatschutz, Sicherheitspolitik, sozialpolitische Anliegen

c) Verhältnismässigkeit

gleich wie bei Eingriff in andere Grundrechte. Es gibt auch eine Entschädigung. Darf der Staat alles machen, wenn er es entschädigt. Erst wenn der Staat es wirklich braucht, kann man den Eingriff rechtfertigen. Gebietet es das Gemeinwohl, dass der Eingriff vorgenommen wird (z.B. Seuche im Tierbestand). Trennen: Wertersatz ⇔ Eingriff überhaupt möglich.

d) Kerngehalt

- Nicht der individuelle Entzug (Besonderheit!). Ob der einzelne überhaupt Eigentum hat oder nicht ist nicht relevant.
- **Institutsgarantie**: soll das Rechtsinstitut Eigentum als solches vor einer Aushöhlung durch staatliche Eingriffe schützen

2. Enteignung

Nachgeschaltet zur Prüfung und Rechtfertigung des Entzugs anhand von Art. 36 BV

a) Formelle Enteignung

läuft in einem formellen Verfahren (Enteignungsgesetz von Bund und Kantonen).
Verfahrensanforderungen
Anspruch auf volle Entschädigung

b) Materielle Enteignung

- Faktischer Eigentumsentzug

- Voraussetzungen:
 - Schwere des Eingriffs (baurecht zugesprochen und dann wieder entzogen) oder
 - Sonderopfer (alle dürfen bauen nur xy nicht)

Beispiel „Haus unter Denkmalschutz“

Es handelt sich sicherlich nicht um eine formelle Enteignung, da das Haus nicht formell entzogen wird.

Handelt es sich im konkreten Fall um ein Sonderopfer (ein besonders schönes Haus soll innen und aussen geschützt werden).

Es muss ein Kriterium für die Lösung gegeben sein:

schwere des Eingriffs ✓

Er kann das Haus eigentlich nicht mehr nutzen. Starker Eingriff

Sonderopfer *

Nur selten gibt es Häuser, die wir aus besonderer Schönheit unter Denkmalschutz stellen. Der Denkmalschutz ist per se schon etwas besonderes. Es muss jedoch noch mehr sein als die Besonderheit der Sache (des Denkmalschutz) → tendenziell kann es jeden treffen.

↳ ähnlicher Fall: Naturschutzgebiet auf dem Lande. Jeder der auf dem Lande lebt, kann damit rechnen, dass sich am entsprechenden Ort eine besondere Fauna/Flora entwickelt und das Gebiet zum Naturschutzgebiet erklärt wird ⇒ kein Sonderopfer.

✪ *tendenziell kann gesagt werden, dass ein Sonderopfer eher schwieriger zu begründen geworden ist.*

Prüfung der Eigentumsfreiheit

1. Schutzbereich betroffen
 2. Eingriff
 3. Rechtfertigung
 - a) Gesetzliche Grundlage
 - b) Allgemeines öffentliches Interesse
 - c) Verhältnismässigkeit
 - d) Kerngehalt (in der Regel nicht betroffen)
 - e) [Wertgarantie] → volle Entschädigung
 - i) formelle Enteignung
 - ii) Folge: Höhe der Entschädigung
- } Art. 36 BV
- } Art. 26² BV

VII. EMRK in Grundzügen

Art. 26 sehr ähnlich vom Wortlaut. Doch in der Praxis ist es vom Wortlaut her nicht gleich.

Drei Kategorien:

- ↳ Nutzungsbeschränkungen
- ↳ Enteignung
- ↳ andere Kategorien

Der EMRK hat einen weiteren Ansatz. Diesen weiteren Ansatz, um diesen rechtfertigen zu können, muss gesagt werden, dass alle Vorgaben von unserem Art. 36 BV gefordert werden müssen, auch vorliegen müssen. Die Wertegarantie ist wichtig.

In Sonderfällen ist es bei der EMRK möglich enteignet zu werden und keine Entschädigung zu erhalten. In der Schweiz ist dies nicht möglich.

Der Grundrechtsschutz ist etwas abgeschwächt gegenüber der Schweiz. In der Anwendung ist er jedoch etwas höher angesetzt als es von der EMRK her gefordert ist.

- Drei Gewährleistungen
- Gleiche Rechtfertigungserfordernisse

§ 17 Wirtschaftsfreiheit

- ✓ **Lesehinweis:** [KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 29, S. 300-323](#)
- ✓ **Rechtsprechung:** [BGE 128 I 136](#)

I. Bedeutung

- Historische Bedeutung
 - ↳ [aus den Zünften entstanden](#) ⇒ Abwehr gegen die Aristokratischen Einflüsse.
- Aktuelle Problemfelder

II. Normbefund

- **Art. 31 BV von 1874: Handels- und Gewerbefreiheit**
- **BV: Art. 27, Art. 94**
[Auf Verfassungsebene haben wir den Grundsatz: der Wettbewerb darf nicht eingeschränkt werden.](#)

Regalrechte (kommt von Rex → königliche Vorrechte)

[z.B. Salzregale](#)

- **EMRK (Elemente):**
 - (1) Niemand darf in **Sklaverei** oder **Leibeigenschaft** gehalten werden.
 - (2) Niemand darf gezwungen werden, **Zwangs- oder Pflichtarbeit** zu verrichten.
 - (3) **Nicht** als Zwangs- oder Pflichtarbeit im Sinne dieses Artikels gilt
 - a) eine Arbeit, die üblicherweise von einer Person verlangt wird, der unter den Voraussetzungen des Artikels 5 die **Freiheit entzogen** oder die bedingt entlassen worden ist;
 - b) eine Dienstleistung **militärischer** Art oder eine Dienstleistung, die an die Stelle des im Rahmen der Wehrpflicht zu leistenden Dienstes tritt, in Ländern, wo die Dienstverweigerung aus Gewissensgründen anerkannt ist;
 - c) eine **Dienstleistung**, die verlangt wird, wenn Notstände oder Katastrophen das Leben oder das **Wohl der Gemeinschaft** bedrohen;
 - d) eine Arbeit oder Dienstleistung, die zu den üblichen **Bürgerpflichten** gehört.
- **UNO-Pakte (Elemente):**
 - (1) Niemand darf in **Sklaverei** gehalten werden; Sklaverei und Sklavenhandel in allen ihren Formen sind verboten.
 - (2) Niemand darf in **Leibeigenschaft** gehalten werden.
 - (3) a) Niemand darf gezwungen werden, Zwangs- oder Pflichtarbeit zu verrichten;
 - b) Buchstabe a ist nicht so auszulegen, dass er in Staaten, in denen bestimmte Straftaten mit einem mit Zwangsarbeit verbundenen Freiheitsentzug geahndet werden können, die Leistung von Zwangsarbeit auf Grund einer Verurteilung durch ein zuständiges Gericht ausschliesst;
 - c) als «Zwangs- oder Pflichtarbeit» im Sinne dieses Absatzes **gilt nicht**
 - i) jede nicht unter Buchstabe b genannte Arbeit oder Dienstleistung, die normalerweise von einer Person verlangt wird, der auf Grund einer **rechtmässigen**

Gerichtsentscheidung die Freiheit entzogen oder die aus einem solchen Freiheitsentzug bedingt entlassen worden ist;

ii) jede Dienstleistung **militärischer Art** sowie in Staaten, in denen die Wehrdienstverweigerung aus Gewissensgründen anerkannt wird, jede für Wehrdienstverweigerer gesetzlich vorgeschriebene nationale Dienstleistung;

iii) jede **Dienstleistung im Falle von Notständen oder Katastrophen**, die das Leben oder das Wohl der Gemeinschaft bedrohen;

iv) jede Arbeit oder Dienstleistung, die zu den normalen Bürgerpflichten gehört.

• **Art. 7 UNO-Pakt**

Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf **gerechte und günstige Arbeitsbedingungen** an, durch die insbesondere gewährleistet wird

a) ein **Arbeitsentgelt**, das allen Arbeitnehmern mindestens sichert

i) angemessenen Lohn und gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit ohne Unterschied; insbesondere wird gewährleistet, dass Frauen keine ungünstigeren Arbeitsbedingungen als Männer haben und dass sie für gleiche Arbeit gleiches Entgelt erhalten,

ii) einen angemessenen Lebensunterhalt für sie und ihre Familien in Übereinstimmung mit diesem Pakt;

b) sichere und **gesunde Arbeitsbedingungen**;

c) **gleiche Möglichkeiten für jedermann**, in seiner beruflichen Tätigkeit entsprechend aufzusteigen, wobei keine anderen Gesichtspunkte als Beschäftigungsdauer und Befähigung ausschlaggebend sein dürfen;

d) Arbeitspausen, **Freizeit**, eine angemessene **Begrenzung der Arbeitszeit**, regelmässiger bezahlter Urlaub sowie Vergütung gesetzlicher Feiertage.

III. Funktionen nach Art. 27 und 94 BV

- **Individual-rechtliche** Funktion
- **Wirtschaftspolitisch-institutionelle** Funktion
- **Bundesstaatliche** Funktion

IV. Schutzbereich

1. Sachlicher Schutzbereich

- Definition: **jede private wirtschaftliche Betätigung geschützt, die der Erzielung eines Gewinns oder Erwerbs- bzw. Geschäftseinkommens dient**; BGE 310 E. 3a S. 313

↳ weite Auslegung, weiter Ansatz.

↳ Hauptjob ist geschützt, Nebentätigkeit ist geschützt, auch wenn nicht unmittelbar Geld damit verdient wird, ist die Tätigkeit geschützt. Alle Tätigkeiten, welche in irgend einer Art und Weise darauf abzielen einen Gewinn zu erzielen.

↳ Tätigkeit muss nicht auf Dauer angelegt sein. Wenn es auf Dauer angelegt ist, wäre es ein Beruf.

- Einzelne Aspekte:
 - Freiheit der **Berufswahl**.

- Freiheit des **Berufszugangs** bzw. des **Zugangs zur Geschäftstätigkeit**
- Freiheit der **Berufsausübung** bzw. **Geschäftstätigkeit**
 - ↳ Von der Wahl bis zur Ausführung herrscht der Schutz vor.
 - ↳ kein Anspruch auf Zugang (z.B. numerus clausus für den Studienzugang)
 - Freie Wahl des Ortes der Geschäftsniederlassung oder der Berufsausübung
 - Freie Wahl der Mitarbeiter
 - Freie Regelung der Aufnahme und Regelung von Arbeitsbeziehungen
- Bedingter **Anspruch** auf Benützung des **öffentlichen Grundes** (*siehe auch Versammlungsfreiheit*)
 - ↳ z.B. Luga, Zirkus (die Schweiz ist ein Zirkusfreundliches Land , Riesenrad etc.
 - ↳ Wenn der Platz da ist, kann ich ihn auch benützen (Teilhabeanspruch) → Frage: wem soll man den Vorrang lassen? Welche Kriterien sollen zum Zug kommen? Mögliche Instrumente:
 - ↳ marktwirtschaftlich am konkurrenzfähigsten (konsumentenfreundliche Steuerung)
 - ↳ es werden Kriterien vorgegeben: kein Alkohol, keine Plastikbecher etc. → das sind alles Einschränkungen, die Zulässig sind (umweltpolitische Steuerung).
 - ↳ Windhundprinzip: first come – first serv oder „de Schneller esch de Gschwender“
 - ↳ Jener der das grösste Riesenrad hat, bekommt den Zuschlag → ist möglich auf sachliche Gründe
 - ↳ es kann auch ein wechelsystem (abwechseln) zum Tragen kommen. 1. Jahr AG 1, 2. Jahr AG 2 etc.
- **Gleichbehandlung** (Gleichheitssatz → spezieller Gleichheitssatz wie je jener des Art. 8² BV → er ist strenger: das Gleichheitsrecht passiert anders als beim Freiheitsrecht: es wird geschaut, ist eine Vergleichsbehandlung vorhanden?) der Konkurrenten: Art. 27 BV i.V.m. Art 94 Abs. 4 BV

Thema Diskriminierung zwischen den Anbietern.

Bsp: Zirkusauftritte

- ↳ Es gibt verschiedene Zirkusse, die sich um den Platz bewerben möchten. Jugendzirkus, grosser Zirkus, kleinerer Zirkus

Gleichheitssatz: **direkte Konkurrenten** → Marktteilnehmer der gleichen Branche, gleiches Angebot, gleiches Publikum (gleiches Bedürfnis will befriedigt werden).
Beispiel: Äpfel und Birne → Fruchtmarkt ist für gegeben ✓. Es gibt aber sicherlich auch ein Apfelmarkt und einen Birnenmarkt. Schwierigkeit welcher Markt wird genommen. Welches Bedürfnis wird befriedigt. Ist das Bedürfnis das selbe der Apfelkonsum und der Birnenkonsum. Ist das selbe Publikum betroffen?

Sind die drei genannten Zirkusse direkte Konkurrenten?

- ↳ Kinderzirkus spricht ein anderes Publikum an.

Schwieriger ist es, wenn das Angebot anders ist. Z.B. macht der eine eher akrobatisches Angebot, der andere mehr ein schalkiges Angebot.

- Neuere Diskussion:
 - **Konsumfreiheit?** z.B. Recht auf Wettbewerb unter den Anbietern → in der Literatur wird dies begrüsst. BG hat dazu noch keine Stellungnahme genommen.
 - **Schutz vor staatlicher Konkurrenz?** Dozenten als Rechtsanwälte auftreten. Diese Diskussion kam auch auf mit der Frage „Frauentaxi“.

2. **Persönlicher Schutzbereich**

- Natürliche Personen
 - *Inländer*
 - *Ausländer*, sofern sie fremdenpolizeilich zur Aufnahme einer Arbeitstätigkeit befugt sind
 - *EU-Bürger*: Schutz aus dem *Freizügigkeitsabkommen* vom 21.6.1999 (SR 0.142.112.681). **Hintergrund: oftmals Arbeitsmangel**
- Juristische Personen; ausländische juristische Personen mit Sitz in der Schweiz
- Schutz für privatwirtschaftlich handelnde öffentliche bzw. gemischtwirtschaftliche Unternehmen?

3. **Grundrechtskonkurrenz**

- Eigentumsfreiheit
- Meinungsfreiheit
- Medienfreiheit
- Gleichheitssatz nach Art. 8 Abs. 1 BV
 - ↳ wenn direkte Konkurrenten da sind → schärferer Eingriff (27 i.V.m. 97). Der Art. 8¹ kommt gar nicht zum tragen. Der Art. wird subsidiär angewandt.
 - ↳ wenn wir aber indirekte Konkurrenten haben → greift der Gleichheitssatz also nicht, muss der Art. 8¹ geprüft werden.

V. **Eingriffe**

Achtung: zwei Komponenten Prüfen: Freiheitsrecht (27) und Gleichheitsrechte (27 i.V.m. 94)

Wenn der Staat in irgend einer Art Einfluss nimmt auf die wirtschaftliche Tätigkeit.

VI. **Rechtfertigung**

1. **Schranken nach Art. 36 und 94 BV**

- *Wettbewerbsverzerrende Massnahmen* gemäss Art. 94 Abs. 4 BV → z.B. Unterstützung der Bauern; fördern von dezentralen Gebieten und ländlichen Regionen.
- Besondere Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nach Art. 94 Abs. 1 BV
 - Grundsatz- bzw. systemkonforme Eingriffe → der 94 ist gar nicht einschlägig (da konform) → ganz normales Prüfschema nach Art. 36 BV kommt zum Tragen.
 - Grundsatz- bzw. systemwidrige Eingriffe → richtet sich danach, was der Gesetzgeber will. Läuft über den 94. Wenn aber keine Verhältnismässigkeit i.V.m. 36 BV.
 - Grundsatzkonforme, jedoch systemwidrige Nebenfolgen des Eingriffs

Grundsatzkonform = systemkonform

Grundsatzwidrig = systemwidrig

↳ kein Unterschied zwischen den beiden Begriffen

Zusammenfassung

Grundsätzlich kein Eingriff gemäss Art. 94¹ toleriert. Ausnahme bzw. grundsatzwidriger Eingriff gemäss Art. 94⁴ falls gesetzliche Grundlage vorhanden.

ZB. 96 ff. sind eigentlich Grundsatzwidrige Eingriffe (in Bezug auf den Grundsatz in Art. 94¹), sind jedoch erlaubt, da gesetzliche Grundlage gegeben ist mit dem betroffenen Artikel (94⁴). Es gibt zahlreiche Ausnahmen. Lenkungsmöglichkeiten in relativ grossen Umfang möglich.

Rechtfertigung

Art. 36 BV

- Gesetz
- Allgemeinwohl / GR
- Verhältnismässigkeit
- Kerngehalt

+ spezielle Gesetzliche (27). div.

↳ die ersten beiden Punkte des 94 sind anders. Es muss ein Verfassungsunmittelbares Gesetz vorliegen (96 ff. z.B.) und um ein bestimmtes Allgemeinwohl handeln. Der Rest ist gleich. **Achtung:** Nun gibt es noch ein Problem, nämlich im Fall der Benützung des öffentlichen Grundes. Bei der Einschränkung des öffentlichen Grundes braucht es keine formalrechtliche Gesetzesgrundlage (weil dies schon immer so gehandhabt wurde). Die Doktrin rügt diesen Punkt stark an (so auch Herr Heeselhaus).

94 ff. + 36

- Gesetz / Verf. unmittelbar (94)
- um bestimmtes Allgemeinwohl (94)
- Verhältnismässigkeit (36)
- Kerngehalt (36)

+ spezifischer Gleichheitssatz (27)

Speziell bei Eingriff in den Gleichheitssatz nach Art. 27

- ↳ ernsthafte sachliche Gründe
- ↳ jdkjfd

bezüglich des Eingriffes in den öffentlichen Grund

- ↳ hier braucht es lediglich sachliche Gründe (die ernsthaften sachlichen Gründe fallen weg).

2. Gesetzliche Grundlage

- a) Grundsatzkonforme Eingriffe → „normale“ Anwendung von Art. 36
- b) Auf die BV gestützte grundsatzwidrige Eingriffe (Art. 94 Abs. 4 BV)
- c) Auf kantonale Ausnahmen gestützte grundsatzwidrige Eingriffe (Art. 94 Abs. 4 BV)
- d) Sonderfall: Ausübung der Wirtschaftsfreiheit auf öffentlichem Grund

3. Öffentliches Interesse

- a) Grundsatz- oder systemkonforme öffentliche Interessen
- b) Grundsatz- oder systemwidrige öffentliche Interessen

4. Verhältnismässigkeit

Insbesondere: kantonale *Monopole*

- Monopole im Bereich der Wasserversorgung; BGE 102 Ia 397; BGE 3 S. 400 → ist anerkannt → die Kommune trifft eine Pflicht für die Wasserversorgung der Bevölkerung.
- Monopole für den Plakataushang auf öffentlichem Grund; BGE 109 Ia 193; BGE 2 S. 195 f. → z.B. wenn der Wintersportort ein gewisses Branding betreibt. Z.B. wenn ein Wintersportort nur von Millionären besucht wird und jetzt kommt Aldi oder Ikea und möchte im ganzen Dorf eine Plakatkampagne starten.

5. *Kerngehalt*

a) **Individual-rechtliche Funktion**

- *Absolutes Verbot der Zwangsarbeit*

b) **Wirtschaftspolitische Funktion**

- Institut der *Marktwirtschaft*
- *Vertragsfreiheit?*

§ 18 Allgemeine Verfassungsgrundsätze

- ✓ Lesehinweis: KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 31, S.333-344 und § 32, S. 338 – 344
- ✓ Rechtsprechung: 2P.267/2001 vom 27. Februar 2002, E. 2b); BGE 133 I 206, 217f.

I. Willkürverbot und Wahrung von Treu und Glaube

Konkretisierungen, Ausprägungen, die aufgenommen wurden in die BV.

Die Verfassungsgrundsätze sind allgemeine Regeln. Es braucht, um klageberechtigt zu sein ein subjektives Recht, das betroffen ist. Objektives Recht (allgemeines Recht), welches ausnahmsweise vom Einzelnen eingeklagt werden kann.

1. Bedeutung

- Historische Bedeutung in Abgrenzung zum Gleichheitssatz

Erklärung des Willkürbegriffes

- ↳ Kür ⇒ was gewollt wird ⇒ Willkür (weisser Schimmel) ⇒ freier Wille (das Gegenteil der verpflichteten Handlung).
 - ↳ Auf den Staat umgemünzt hat dies negative Auswirkungen. Der Staat soll nicht einfach machen können, was er will (heute so, morgen anders). Dies widerspricht dem Gleichheitssatz. **Merke:** Gleichheitssatz ⇔ Willkürverbot.
 - ↳ Der Gleichheitssatz braucht eine Vergleichsgruppe
 - ↳ Das Willkürverbot braucht keine Vergleichsgruppe → es wird glasklar eine Fehlentscheidung gemacht. Das BGER hat ungeschrieben den Willkürsatz aus dem Gleichheitssatz abgeleitet.

Die Lehre sagt, es sollte als subjektives Recht behandelt werden, da es im Grundrechtskatalog aufgeführt ist, welcher subjektive Rechte umfasst und deshalb auch wie jedes andere angewendet werden. Das BGER führt indes die Praxis wie gehabt weiter und behandelt es als Ausnahme unter dem Grundrechtskatalog. Dieser Punkt wird diskutiert.

- Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip

2. Normbefund

- Ableitung aus Art. 4 aBV
- BV: Art. 9

3. Das Willkürverbot, Art. 9 BV

a) Schutzbereich

aa. Sachlicher Schutzbereich

- Definition des willkürlichen Verhaltens: völlig unlogisches Verhalten. Offenkundige Fehler (werden von allen als solchen Fehler erkannt). Komplette unzuständige Behörde hat beispielsweise gehandelt.

- Verpflichtete:
 - Rechtsetzung
 - Rechtsanwendung → im täglichen Leben insb. die Exekutive, aber bei einer Klage auch die Judikative.

↳ Alle drei Gewalten sind ans Willkürverbot gebunden.

Bsp. Besoldung von Gerichtsschreiber

↳ nicht alle Gerichtsschreiber konnten lohngelaltmässig erhöht werde → es wurde ein Losentscheid gemacht. Ein Losentscheid einzuführen ist willkürlich. Es muss ein Kriterienkatalog erarbeitet werden, welcher festlegt und begründet wieso wer wie von der Massnahme getroffen ist.

bb. Persönlicher Schutzbereich

- Natürliche Personen
- Juristische Personen
 - ↳ keine Problem bezüglich dieser Punkte ⇒ gilt für alle umfassend.

cc. Grundrechtskonkurrenz

- Abgrenzung zum allgemeinen Gleichheitssatz (→ ist eben gerade nicht einschlägig, wenn es keine Vergleichsgruppe hat). Wenn keine Vergleichsgruppe, kommt also der Gleichheitssatz von Art. 8
- Willkür als Auffanggrundrecht

b) Rechtfertigung

- Absolute Geltung
- Keine Anwendung von Art. 36 BV: Nähe zum Gleichheitssatz

c) Kerngehalt

Identisch mit Schutzbereich

4. Treu und Glauben, Art. 9 BV

a) Schutzbereich

aa. Sachlicher Schutzbereich

- Teilgehalte nach der Rechtsprechung:
 - Anspruch auf Schutz des Vertrauens in behördliche Auskünfte und Zusicherungen
 - Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens
 - Verbot widersprüchlichen Handelns
 - Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber

Bsp. Anschaffung eines teuren Autos gestützt auf die Behördenzusage, dass die Steuerabgaben auf emissionsreiche Autos nicht erhöht wird und gestützt auf diese Auskünfte ein neues teure Auto mit einem hohen CO₂-Ausstoss angeschafft würde.

bb. Persönlicher Schutzbereich

- Natürliche Personen
- Juristische Personen

b) **Rechtfertigung nach Art. 36 BV**

c) **Kerngehalt**

II. Grundsätze der Besteuerung

1. *Entstehung und Bedeutung*

Beispielfall aus OW → degressive Besteuerung. Linearer Steuersatz: jeder bezahlt z.B. 20% (flat rate) → die Reichen zahlen mehr. Progressiv: je reicher, desto mehr wird Steuern bezahlt. Degressiv: abflachende Kurve. Z.B. für den Kanton OW → ab 300000 degressiver Steuersatz.

Gründe für progressive Besteuerung

es gibt Staaten, welche die progressive Besteuerung vorsehen.

Beispiel für linearer Steuersatz: Mehrwertsteuer.

Wer den Wirtschaftssektor stärkt, der soll profitieren.

Jene welche mehr haben, sind anders als die Armen → entsprechend darf man sie auch anderes behandeln.

zu den Mehrwertsteuern

gewisse Staaten kennen (kannten) die Luxussteuer.

Bedeutung

Der Staat braucht Geld. Mit den Grundrechten kann man sich teilweise gegen die Eingriffe des Staates schlecht wehren, weil der Staat immer sagen kann „es kommt der Allgemeinheit zu Gute“.

Steuer mit gesetzlicher Grundlage nötig.

BGer sagt, es ist eher ein Gleichheitsrecht → wurde abgeleitet ab dem Art. 4 aBV angeknüpft (Gleichheitssatz).

Wieso eher kein Freiheitsrecht?

Der Staat kann den Eingriff rechtfertigen, doch kann ich mit dem Gleichheitssatz mich besser wehren, weil ich sage, wenn du (Staat) mich schon besteuert, dann bitte die anderen gleich.

2. *Normbefund*

- **BV: Art. 127**

3. *Legalitätsprinzip (Art. 127 Abs. 1 BV)*

4. *Steuerrechtliche Prinzipien (Art. 127 Abs. 2 BV)*

in diesen Punkten wurde das OW-Steuerprinzip tangiert.

Vorfragen für 127 BV

↳ kann sich der Einzelne darauf berufen

↳ objektiv (abstrakt, Gesetzgebungsverfahren, für den Staat geltende Leitprinzipien) oder subjektiv (reicht es aus, damit eine Klage erhoben werden kann; ein allgemeines Verfassungsprinzip, welches der einzelne im Rahmen der Biö-rA einklagen kann).

→ wieso kommen wir auf die Idee, dass es sich um ein subjektives Recht handelt?

- Historische Argumentation: Der Gleichheitssatz steht dahinter (als Grundrecht). Aus Art. 4 aBV abgeleitet.
- systematische Argumentation: es ist zwar nicht bei den Grundrechten aufgeführt, doch besteht eine systematische Beziehung zum Gleichheitssatz.

⇒ Der einzelne kann sich auf diese Recht berufen.

↳ Wo bestünde eine Parallele zu den Freiheitsrechten?

↳ Der Gleichheitssatz bindet alle Staatlichen Organe (sowohl Bund, wie auch Kantone). Die Grundrechtliche Herkunft dieses Grundsatz lässt darauf schliessen, dass er sich auf alle staatlichen Organe ausstrahlen soll, obschon er sich im Bereich steht, wo der Bund angesprochen wird.

a) **Allgemeinheit der Steuer**

b) **Gleichmässigkeit der Besteuerung**

c) **Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit**

5. **Doppelbesteuerungsverbot (Art. 127 Abs. 3 BV)**

die Kantone müssen sich bei allen Abgaben schauen, dass es zu keiner Doppelbesteuerung kommen. Die Frage lautet: Wo ist der Wohnsitz (wird auch international so gehandhabt).

Sehr starkes Verbot → in der Praxis läuft dies rel. problemlos.

a) **Bedeutung und Funktion**

- Steuerhoheit der Kantone nach Art. 3 BV
 - ↳ dem Kanton wurde nicht die freie Steuerorganisation entzogen.
- Direkt einklagbarer Anspruch → der Einzelne kann sich direkt darauf berufen. Individualanspruch.

b) **Schutzbereich**

aa. **Sachlicher Schutzbereich**

i. **(1) Inhalt des Doppelbesteuerungsverbots**

- Steuern – andere Abgaben
 - ↳ Steuern: allgemein geschuldete Abgaben
 - ↳ andere Abgabe: an bestimmte Aufgabe / bestimmten Zweck gebunden
- Ausnahmen?

ii. **(2) Methode der Vermeidung der Doppelbesteuerung**

- Massgebend ist das Hauptsteuerdomizil

bb. **Persönlicher Schutzbereich**

- **Natürliche** Personen und **juristischen** Personen, die in der Schweiz der Steuerpflicht unterliegen
- Personen mit Wohnsitz im Ausland, die in der Schweiz für Teile ihres Einkommens oder Vermögens steuerpflichtig sind: Träger des verfassungsmässigen Rechts nach Art. 127 Abs. 3 BV

§ 19 Verfahrensgarantien

- ✓ **Lesehinweis:** KIENER/KÄLIN, Grundrechte, § 38 - § 43, S. 401-474
- ✓ **Rechtsprechung:** BGE 129 I 232

I. Bedeutung

Beispiel: wenn Inhaftierung passiert, muss eine Begründung vorliegen. Das Verfahrensrecht sagt dem Betroffenen, wieso der Eingriff vorgenommen wurde.

Faires Gerichtsverfahren = Waffengleichheit = gleich lange Spiessen

Die Verfahrensgarantien sind wichtig. Problem: grosser Aufwand (hohe Kosten), können Fehler passieren → Einigung auf Minimalgarantien → diese müssen eingehalten werden. Wenn dies nicht passiert, können gravierende Folgen eintreten.

Im Strafverfahren gelten ganz besondere Vorschriften, da die Eingriffe besonders stark sind.

Zur Verwahrungsinitiative

Ist nach der EMRK nicht möglich → muss immer wieder überprüft werden. Z.B. wenn heute gesagt würde, dass ein Verbrecher aufgrund genetischer Veranlagung deliktisch wird, soll nach neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen die Angelegenheit überprüft werden.

- Historische Bedeutung
- Bezug zum Rechtsstaatsprinzip
- Aktuelle Problemfelder

II. Normbefund

- Abgeleitet aus **Art. 4, Art. 58 aBV**
- **BV: Art. 29-32** (Abweichungen zu staatsvertraglichen Verbürgungen)
- **EMRK: Art. 5 – Recht auf Freiheit und Sicherheit**

(1) Jede Person hat das Recht auf **Freiheit** und **Sicherheit**. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

a) rechtmässiger **Freiheitsentzug** nach **Verurteilung** durch ein zuständiges Gericht;

b) rechtmässige **Festnahme** oder rechtmässiger **Freiheitsentzug** wegen **Nichtbefolgung** einer rechtmässigen gerichtlichen Anordnung oder zur **Erzwingung** der Erfüllung einer gesetzlichen **Verpflichtung**;

c) rechtmässige **Festnahme** oder rechtmässiger **Freiheitsentzug** zur **Vorführung** vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;

d) rechtmässiger Freiheitsentzug bei Minderjährigen zum Zweck **überwachter Erziehung** oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde;

e) rechtmässiger Freiheitsentzug mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern;

f) rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.

(2) Jeder festgenommenen Person muss in **möglichst kurzer Frist¹ in einer ihr verständlichen Sprache** mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden.

(3) Jede Person, die nach Absatz 1 Buchstabe c von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, muss **unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt** werden; sie hat Anspruch auf ein **Urteil innerhalb angemessener Frist** oder auf Entlassung während des Verfahrens. Die Entlassung kann von der Leistung einer Sicherheit für das Erscheinen vor Gericht abhängig gemacht werden.

(4) Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist.

(5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

Art. 6 – Recht auf ein faires Verfahren

(1) Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung, Menschenrechte und Grundfreiheiten oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.

(2) Jede Person, die einer Straftat angeklagt ist, gilt bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig.

(3) Jede angeklagte Person hat mindestens folgende Rechte:

a) innerhalb möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung unterrichtet zu werden;

b) ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung ihrer Verteidigung zu haben;

- c) sich selbst zu verteidigen, sich durch einen Verteidiger ihrer Wahl verteidigen zu lassen oder, falls ihr die Mittel zur Bezahlung fehlen, unentgeltlich den Beistand eines Verteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
- d) Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen und die Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen unter denselben Bedingungen zu erwirken, wie sie für Belastungszeugen gelten;
- e) unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher zu erhalten, wenn sie die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht.

• **UNO-Pakt II: Art. 9**

(1) Jedermann hat ein Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit. Niemand darf willkürlich festgenommen oder in Haft gehalten werden. Niemand darf seine Freiheit entzogen werden, es sei denn aus gesetzlich bestimmten Gründen und unter Beachtung des im Gesetz vorgeschriebenen Verfahrens.

(2) Jeder Festgenommene ist bei seiner Festnahme über die Gründe der Festnahme zu unterrichten und die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen sind ihm unverzüglich mitzuteilen.

(3) Jeder, der unter dem Vorwurf einer strafbaren Handlung festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird, muss unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Ausübung richterlicher Funktionen ermächtigten Amtsperson vorgeführt werden und hat Anspruch auf ein Gerichtsverfahren innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung aus der Haft. Es darf nicht die allgemeine Regel sein, dass Personen, die eine gerichtliche Aburteilung erwarten, in Haft gehalten werden, doch kann die Freilassung davon abhängig gemacht werden, dass für das Erscheinen zur Hauptverhandlung oder zu jeder anderen Verfahrenshandlung und gegebenenfalls zur Vollstreckung des Urteils Sicherheit geleistet wird.

(4) Jeder, dem seine Freiheit durch Festnahme oder Haft entzogen ist, hat das Recht, ein Verfahren vor einem Gericht zu beantragen, damit dieses unverzüglich über die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung entscheiden und seine Entlassung anordnen kann, falls die Freiheitsentziehung nicht rechtmässig ist.

(5) Jeder, der unrechtmässig festgenommen oder in Haft gehalten worden ist, hat einen Anspruch auf Entschädigung.

Art. 14

(1) Alle Menschen sind vor Gericht gleich. Jedermann hat Anspruch darauf, dass über eine gegen ihn erhobene strafrechtliche Anklage oder seine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen durch ein zuständiges, unabhängiges, unparteiisches und auf Gesetz beruhendes Gericht in billiger Weise und öffentlich verhandelt wird. Aus Gründen der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung (ordre public) oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft oder wenn es im Interesse des Privatlebens der Parteien erforderlich ist oder – soweit dies nach Auffassung des Gerichts unbedingt erforderlich ist – unter besonderen Umständen, in denen die Öffentlichkeit des Verfahrens die Interessen der Gerechtigkeit beeinträchtigen würde, können Presse und Öffentlichkeit während der ganzen oder eines Teils der Verhandlung ausgeschlossen werden; jedes Urteil in einer Straf- oder Zivilsache ist jedoch öffentlich zu verkünden, sofern nicht die Interessen Jugendlicher dem entgegenstehen oder das Verfahren Ehestreitigkeiten oder die Vormundschaft über Kinder betrifft.

(2) Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat Anspruch darauf, bis zu dem im gesetzlichen Verfahren erbrachten Nachweis seiner Schuld als unschuldig zu gelten.

(3) Jeder wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte hat in gleicher Weise im Verfahren Anspruch auf folgende Mindestgarantien:

- a) Er ist unverzüglich und im Einzelnen in einer ihm verständlichen Sprache über Art und Grund der gegen ihn erhobenen Anklage zu unterrichten;
- b) er muss hinreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung seiner Verteidigung und zum Verkehr mit einem Verteidiger seiner Wahl haben;
- c) es muss ohne unangemessene Verzögerung ein Urteil gegen ihn ergehen;
- d) er hat das Recht, bei der Verhandlung anwesend zu sein und sich selbst zu verteidigen oder durch einen Verteidiger seiner Wahl verteidigen zu lassen; falls er keinen Verteidiger hat, ist er über das Recht, einen Verteidiger in Anspruch zu nehmen, zu unterrichten; fehlen ihm die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers, so ist ihm ein Verteidiger unentgeltlich zu bestellen, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist;
- e) er darf Fragen an die Belastungszeugen stellen oder stellen lassen und das Erscheinen und die Vernehmung der Entlastungszeugen unter den für die Belastungszeugen geltenden Bedingungen erwirken;
- f) er kann die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers verlangen, wenn er die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht;
- g) er darf nicht gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen.

(4) Gegen Jugendliche ist das Verfahren in einer Weise zu führen, die ihrem Alter entspricht und ihre Wiedereingliederung in die Gesellschaft fördert.

(5) Jeder, der wegen einer strafbaren Handlung verurteilt worden ist, hat das Recht, das Urteil entsprechend dem Gesetz durch ein höheres Gericht nachprüfen zu lassen.

(6) Ist jemand wegen einer strafbaren Handlung rechtskräftig verurteilt und ist das Urteil später aufgehoben oder der Verurteilte begnadigt worden, weil eine neue oder eine neu bekannt gewordene Tatsache schlüssig beweist, dass ein Fehlurteil vorlag, so ist derjenige, der auf Grund eines solchen Urteils eine Strafe verbüsst hat, entsprechend dem Gesetz zu entschädigen, sofern nicht nachgewiesen wird, dass das nicht rechtzeitige Bekanntwerden der betreffenden Tatsache ganz oder teilweise ihm zuzuschreiben ist.

(7) Niemand darf wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des jeweiligen Landes rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, erneut verfolgt oder bestraft werden.

III. Allgemeine Vorbemerkungen zu Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung

1. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

- Eidgenössische und kantonale Verfahrenserlasse: Auftrag nach Art. 35 Abs. 1 und 2 BV
- Funktionen:
 - Individualrechtliche Funktion
 - Gesellschaftsbezogene rechtsstaatliche Funktion

- Nur für Rechtsanwendung, **nicht auf Verfahren der Rechtsetzung bezogen (Achtung, nicht vergessen)**. Verpflichtet sind nur die Judikative und die Exekutive. Was nicht erfasst ist, ist das Gesetzgebungsverfahren.
- Systematik:
 - Art. 29 BV für alle Verfahren
 - Art. 30-32 BV für spezifische Bereiche

b) Persönlicher Schutzbereich

- Verfahrensbeteiligte mit Parteilstellung und betroffen in eigenen schutzwürdigen Interessen
 - Natürliche Personen → alle können in Gerichtsstreitigkeiten verwickelt werden.
 - Juristische Personen

Nicht jeder der in ein Verfahren involviert ist, hat Anspruch auf das Recht. Ich muss Verfahrensbeteiligter sein und direkt betroffen sein. Z.B. bei Umweltverträglichkeitsprüfung.

2. Eingriff

Zum Teil absolute Gewährleistung, zum Teil einschränkbar

3. Rechtfertigung

Die meisten Verfahrensrechte haben keine Rechtfertigung. Verletzung = Verstoss. Es gibt aber Ausnahmen (schlechterweise nicht gekennzeichnet im Gesetz).

Z.B. nicht vorgeführt werden dem Richter → wenn verletzt wird, keine Rechtfertigung möglich. Die Britten haben hier bei Terroristen eine längere Dauer gemacht → die Britten kamen vor dem EMRK nicht durch.

Für Akteneinsicht kann es eine Ausnahme geben. ZB. weil sonst die Sicherheit nicht mehr gewährleistet sind. Typisch: gewisse Teile werden geschwärzt (nicht absolutes Verbot → Verhältnismässigkeit). Es gibt eben Fälle welche die Akteneinsicht einschränkt.

- Sofern absolute Gewährleistung keine Rechtfertigung möglich
- Sofern Rechtfertigung möglich, sinngemässe Anwendung von Art. 36 BV

4. Rechtsfolgen einer Verletzung

a) Aufhebung des Entscheides unter Vorbehalt der Heilung

- ↳ der Entscheid wird materiell aufgehoben
- ↳ Heilung: z.B. eine Person wurde nicht angehört. Es kann gesagt werden, war zwar verspätet, nicht ganz eingehalten worden, jedoch trotzdem noch tolerierbar.

b) Andere kompensatorische Massnahmen

- ↳ die Behörde wird gerügt. Dadurch wird die Behörde künftig diese Fehler nicht mehr machen.
- ↳ Ausgleich an geschädigten möglich (Staatshaftung).

c) Nichtigkeit?

- ↳ rigide Folge → offenkundige Verletzung der Verfahrensvorschrift muss vorliegen.
- ↳ wir machen Verfahren nochmals → welcher das Recht bekommt (Antragsteller) hat ein Recht auf schnelles Verfahren und auch die Kosten gilt es zu berücksichtigen.

IV. Allgemeine Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV

1. Anspruch auf gerechte (fair) und gleiche Behandlung

a) Verbot der formellen Rechtsverweigerung

- Verbot der formellen Rechtsverweigerung i.e.S.
- Verbot der Rechtsverzögerung (Beschleunigungsgebot)
- Verbot des überspitzten Formalismus
 - ↳ wenn rigide formale Vorgaben vorhanden sind, muss es gerechtfertigt werden (z.B. Einsichtsfrist in die Uni-Arbeit). Genügende Zeit für Einsicht. Wenn die Verwaltungsrechtliche Frist nicht eingehalten wird, ist der Mist geführt.

b) Anspruch auf richtige Zusammensetzung und Unparteilichkeit der entscheidenden Behörde

c) Grundsatz der Waffengleichheit

d) Treu und Glauben im Prozess

2. Anspruch auf rechtliches Gehör

a) Anspruch auf vorgängige Äusserungen und Mitwirkung im Verfahren (rechtliches Gehör i.e.S.)

b) Recht auf Akteneinsicht

c) Recht auf Entscheidungsbegründung

Aktuelles Thema: Einbürgerung durch Urnenwahl (keine Begründung). Frage, ist es ein rein politische Entscheidung oder ist es eine rechtliche Entscheidung. Wenn es eine rechtliche Entscheidung ist, dann ist eine Begründung nötig. Das BGER sagt, dass es eine rechtliche Entscheidung sein soll. Es spricht auch einiges dafür, dass es ein politischer Entscheid ist. Deshalb ist die Einbürgerung ohne Begründung nicht möglich. Es ist keine völlig freie politische Entscheidung der Gemeinden, da der Entscheid der einzelnen Gemeinde ja auch Auswirkungen auf die anderen Gemeinde hat. Insofern ist es kaum eine rein politische Entscheidung.

d) Anspruch auf Rechtsbeistand

e) Recht auf ein Verfahren in der Muttersprache?

- ↳ Wenn Sprache nicht gesagt wird ⇒ Rechtsverweigerung (besteht also rechtliches Mittel hier vorgehen zu können).

- ↳ Territoriale Lösung. Das BGer greift das Grundprinzip (das territoriale) nicht an. Es gibt Amtssprachen, welche eingehalten werden → die dadurch entstandenen Nachteile können falls EMRK-relevant beansprucht werden.

3. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

V. Rechtsweggarantie

1. Bedeutung und Funktion

2. Schutzbereich

a) Grundsatz

b) Rechtsweggarantie als Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes

c) Spezifischer Rechtsschutz beim Freiheitsentzug und in Strafsachen

3. Einschränkungen

VI. Garantie des verfassungsmässigen Richters

VII. Verfahrensgarantien bei Freiheitsentzug

VIII. Garantien im Strafverfahren

§ 20 Soziale Grundrechte

- ✓ Lesehinweis: [KIENER/KÄLIN, Grundrechte, §§ 35-37, S. 379-400](#)

I. Bedeutung und Funktion

- Historische Entwicklung
- Zweite Generation der Grundrechte
- Aktuelle Problemfelder
- Spezifische Ausprägungen in der BV

II. Rechte von Kindern und Jugendlichen nach Art. 11 Abs. 1 BV

1. Normbefund

- **BV: Art. 11 Abs. 1**
- **UNO-Pakt II: Art. 24**
 - (1) Jedes Kind hat ohne Diskriminierung hinsichtlich der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens oder der Geburt das Recht auf diejenigen Schutzmassnahmen durch seine Familie, die Gesellschaft und den Staat, die seine Rechtsstellung als Minderjähriger erfordert.
 - (2) Jedes Kind muss unverzüglich nach seiner Geburt in ein Register eingetragen werden und einen Namen erhalten.
 - (3) Jedes Kind hat das Recht, eine Staatsangehörigkeit zu erwerben.
- **Kinderrechtskonvention, KRK** (SR 0.107)

2. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

aa. Grundsatz

Zwei Ansprüche

Problembereiche

bb. Schutz der Unversehrtheit

Lehre bejaht überwiegend Grundrechtscharakter

cc. Förderung der Entwicklung

Rechtsprechung verneint subjektives Recht

dd. Ausübung von Rechten

Geltendmachung von Grundrechten

b) Persönlicher Schutzbereich

Kinder und Jugendliche bis zur Volljährigkeit

III. Anspruch auf Grundschulunterricht nach Art. 19 BV

1. Normbefund

- **BV: Art. 19, Art. 62 Abs. 2** (Verpflichtung der Kantone)
- **EMRK: Art. 2 ZP 1 – Recht auf Bildung**

Niemandem darf das Recht auf Bildung verwehrt werden. Der Staat hat bei Ausübung der von ihm auf dem Gebiet der Erziehung und des Unterrichts übernommenen Aufgaben das Recht der Eltern zu achten, die Erziehung und den Unterricht entsprechend ihren eigenen religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sicherzustellen.
- **UNO-Pakt I: Art. 13**

(1) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf Bildung an. Sie stimmen überein, dass die Bildung auf die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und des Bewusstseins ihrer Würde gerichtet sein und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten stärken muss. Sie stimmen ferner überein, dass die Bildung es jedermann ermöglichen muss, eine nützliche Rolle in einer freien Gesellschaft zu spielen, dass sie Verständnis, Toleranz und Freundschaft unter allen Völkern und allen rassischen, ethnischen und religiösen Gruppen fördern sowie die Tätigkeit der Vereinten Nationen zur Erhaltung des Friedens unterstützen muss.

(2) Die Vertragsstaaten erkennen an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts

a) der Grundschulunterricht für jedermann Pflicht und allen unentgeltlich zugänglich sein muss;

b) die verschiedenen Formen des höheren Schulwesens einschliesslich des höheren Fach— und Berufsschulwesens auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, allgemein verfügbar und jedermann zugänglich gemacht werden müssen;

c) der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, jedermann gleichermaßen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss;

d) eine grundlegende Bildung für Personen, die eine Grundschule nicht besucht oder nicht beendet haben, so weit wie möglich zu fördern oder zu vertiefen ist;

e) die Entwicklung eines Schulsystems auf allen Stufen aktiv voranzutreiben, ein angemessenes Stipendiensystem einzurichten und die wirtschaftliche Lage der Lehrerschaft fortlaufend zu verbessern ist.

(3) Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die Freiheit der Eltern und gegebenenfalls des Vormunds oder Pflegers zu achten, für ihre Kinder andere als öffentliche Schulen zu wählen, die den vom Staat gegebenenfalls festgesetzten oder gebilligten bildungspolitischen Mindestnormen entsprechen, sowie die religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen.

(4) Keine Bestimmung dieses Artikels darf dahin ausgelegt werden, dass sie die Freiheit natürlicher oder juristischer Personen beeinträchtigt, Bildungseinrichtungen zu schaffen und zu leiten, sofern die in Absatz 1 niedergelegten Grundsätze beachtet werden und die in solchen Einrichtungen vermittelte Bildung den vom Staat gegebenenfalls festgesetzten Mindestnormen entspricht.

• **Kinderrechtskonvention: Art. 28 KRK**

(1) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht des Kindes auf Bildung an; um die Verwirklichung dieses Rechts auf der Grundlage der Chancengleichheit fortschreitend zu erreichen, werden sie insbesondere

a) den Besuch der Grundschule für alle zur Pflicht und unentgeltlich machen;

b) die Entwicklung verschiedener Formen der weiterführenden Schulen allgemein bildender und berufsbildender Art fördern, sie allen Kindern verfügbar und zugänglich machen und geeignete Massnahmen wie die Einführung der Unentgeltlichkeit und die Bereitstellung finanzieller Unterstützung bei Bedürftigkeit treffen;

c) allen entsprechend ihren Fähigkeiten den Zugang zu den Hochschulen mit allen geeigneten Mitteln ermöglichen;

d) Bildungs- und Berufsberatung allen Kindern verfügbar und zugänglich machen;

e) Massnahmen treffen, die den regelmässigen Schulbesuch fördern und den Anteil derjenigen, welche die Schule vorzeitig verlassen, verringern.

(2) Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen, um sicherzustellen, dass die Disziplin in der Schule in einer Weise gewahrt wird, die der Menschenwürde des Kindes entspricht und im Einklang mit diesem Übereinkommen steht.

(3) Die Vertragsstaaten fördern die internationale Zusammenarbeit im Bildungswesen, insbesondere um zur Beseitigung von Unwissenheit und Analphabetentum in der Welt beizutragen und den Zugang zu wissenschaftlichen und technischen Kenntnissen und modernen Unterrichtsmethoden zu erleichtern. Dabei sind die Bedürfnisse der Entwicklungsländer besonders zu berücksichtigen.

Art. 29 KRK

(1) Die Vertragsstaaten stimmen darin überein, dass die Bildung des Kindes darauf gerichtet sein muss,

a) die Persönlichkeit, die Begabung und die geistigen und körperlichen Fähigkeiten des Kindes voll zur Entfaltung zu bringen;

b) dem Kind Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten und den in der Charta der Vereinten Nationen verankerten Grundsätzen zu vermitteln;

c) dem Kind Achtung vor seinen Eltern, seiner kulturellen Identität, seiner Sprache und seinen kulturellen Werten, den nationalen Werten des Landes, in dem es lebt, und gegebenenfalls des Landes, aus dem es stammt, sowie vor anderen Kulturen als der eigenen zu vermitteln;

d) das Kind auf ein verantwortungsbewusstes Leben in einer freien Gesellschaft im Geist der Verständigung, des Friedens, der Toleranz, der Gleichberechtigung der Geschlechter und der Freundschaft zwischen allen Völkern und ethnischen, nationalen und religiösen Gruppen sowie zu Ureinwohnern vorzubereiten;

e) dem Kind Achtung vor der natürlichen Umwelt zu vermitteln.

(2) Dieser Artikel und Artikel 28 dürfen nicht so ausgelegt werden, dass sie die Freiheit natürlicher oder juristischer Personen beeinträchtigen, Bildungseinrichtungen zu gründen und zu führen, sofern die in Absatz 1 festgelegten Grundsätze beachtet werden und die in solchen Einrichtungen vermittelte Bildung den von dem Staat gegebenenfalls festgelegten Mindestnormen entspricht.

2. *Schutzbereich*

a) Sachlicher Schutzbereich

- Funktion
- Geschützte Sphäre
- Geschützte Ansprüche
- Exkurs: Privatschulfreiheit

b) Persönlicher Schutzbereich

- Alle Kinder und Eltern, die in der Schweiz wohnen

3. *Eingriffe und Rechtfertigung*

- Anwendung von Art. 36 BV umstritten
- Mindeststandard schliesst Einschränkungen aus
- Voraussetzungen für Leistung sind entscheidend
- Aber bei Konkretisierung wendet BGer Art. 36 BV an; a.A. Kiener/Kälin, S. 393

IV. Recht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV

1. Normbefund

- 1955 als **ungeschriebenes Grundrecht** anerkannt
- **BV: Art. 12**
- **UNO-Pakt I: Art. 9**

Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf Soziale Sicherheit an; diese schliesst die Sozialversicherung ein.

Art. 11

(1) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie an, einschliesslich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung, sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen. Die Vertragsstaaten unternehmen geeignete Schritte, um die Verwirklichung dieses Rechts zu gewährleisten, und erkennen zu diesem Zweck die entscheidende Bedeutung einer internationalen, auf freier Zustimmung beruhenden Zusammenarbeit an.

(2) In Anerkennung des grundlegenden Rechts eines jeden, vor Hunger geschützt zu sein, werden die Vertragsstaaten einzeln und im Wege internationaler Zusammenarbeit die erforderlichen Massnahmen, einschliesslich besonderer Programme, durchführen

a) zur Verbesserung der Methoden der Erzeugung, Haltbarmachung und Verteilung von Nahrungsmitteln durch volle Nutzung der technischen und wissenschaftlichen Erkenntnisse, durch Verbreitung der ernährungswissenschaftlichen Grundsätze sowie durch die Entwicklung oder Reform landwirtschaftlicher Systeme mit dem Ziel einer möglichst wirksamen Erschliessung und Nutzung der natürlichen Hilfsquellen;

b) zur Sicherung einer dem Bedarf entsprechenden gerechten Verteilung der Nahrungsmittelvorräte der Welt unter Berücksichtigung der Probleme der Nahrungsmittel einführenden und ausführenden Länder.

Art. 12

(1) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf das für ihn erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit an.

(2) Die von den Vertragsstaaten zu unternehmenden Schritte zur vollen Verwirklichung dieses Rechts umfassen die erforderlichen Massnahmen

a) zur Senkung der Zahl der Totgeburten und der Kindersterblichkeit sowie zur gesunden Entwicklung des Kindes;

b) zur Verbesserung aller Aspekte der Umwelt— und der Arbeitshygiene;

c) zur Vorbeugung, Behandlung und Bekämpfung epidemischer, endemischer, Berufs- und sonstiger Krankheiten;

d) zur Schaffung der Voraussetzungen, die für jedermann im Krankheitsfall den Genuss medizinischer Einrichtungen und ärztlicher Betreuung sicherstellen.

2. Schutzbereich

a) Sachlicher Schutzbereich

- Funktion
- Justizlabel
- Geschützte Sphäre
- Geschützte Ansprüche

- Problem

b) Persönlicher Schutzbereich

- Alle Personen, die sich in der Schweiz aufhalten, auch Illegale
- Begründung

3. Kerngehalt

- Entspricht dem Schutzzumfang, da Minimalgarantie