



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Teil 1: Allgemeine Grundrechtslehren

1. ENTWICKLUNG DER GRUNDRECHTE

I. Einleitung

Die Anerkennung von Grundrechten geht auf den bürgerlichen Verfassungsstaat der Moderne zurück. Rechtsdokumente mit Gewährleistungen individueller Rechte wurden jedoch schon im Mittelalter verfasst, namentlich zu erwähnen sind die englischen Freiheitsbriefe:

- **Magna Charta Libertatum** (1215)
- **Petition of Rights** (1628)
- **Habeas Corpus Akte** (1679)
- **Bill of Rights** (1689)

Keine allgemein gültigen Individualrechte, sondern Freiheitsverbürgungen zugunsten des Parlaments und der dort vertretenen Stände.

II. Die amerikanischen Menschenrechtserklärungen

Die weltweit erste gesamthafte und verfassungsmässige Normierung von Grundrechten erfolgte im Jahr **1776** (Unabhängigkeit der USA) durch die **Virginia Bill of Rights**. Sie nimmt die Theorie der Natur – und Vernunftrecht der Aufklärungszeit und damit den Gedanken auf, dass jeder Mensch *angeborene und unveräusserliche Rechte* hat, die vorstaatliche Geltung beanspruchen und deshalb auch für die rechtsetzenden Organe verbindlich sind (Virginia Bill of Rights vom 12. Juni 1776, Section 1):

«*That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity; namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property and pursuing and obtaining happiness and safety.* »

⇒ *That all men => nur weisse Männer sind damit gemeint.*

Ähnliche Aussagen finden sich auch in den anderen amerikanischen Grundrechtserklärungen und in der **Unabhängigkeitserklärung der Vereinigten Staaten** vom 4. Juli 1776 (Abs. 2):

«We hold these Truths to be self – evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are **Life, Liberty and the pursuit of happiness.** »

Die Rechteerklärungen erfolgten im Zusammenhang mit dem revolutionären Bruch der amerikanischen Kolonien mit dem englischen Mutterland; sie dienten also auch der moralischen Rechtfertigung für den Unabhängigkeitskampf und bildeten eine der ideologischen Säulen, auf welchen das neue Staatswesen errichtet wurde.

Rechtsphilosophischer Hintergrund

- **John Locke**, Two Treatises of Government (1689): Vorstaatliche **“angeborene” Rechte** (“life, liberty and property”). Einsicht, dass der Staat diese Rechte besser schützen und durchsetzen kann Einzelne. **Gesellschaftsvertrag zum Schutz der angeborenen Rechte.**
- Unterwerfungsvertrag als Teil des Gesellschaftsvertrags war aber von HOBBS.

III. Die Französische Erklärung der Menschen – und Bürgerrechte

Die Idee der angeborenen Rechte und Freiheiten der Menschen wurde wenige Jahren später in die französische Erklärung der Menschen – und Bürgerrechte (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) von 1789 aufgenommen. Allerdings waren primär Rechte der Männer gemeint, was Olympe de Gouge 1791 veranlasste, eine Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin (*Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*) zu veröffentlichen.

Der «atlantische Kreislauf»



Menschenrechte als exklusiv wesentliches Konzept?¹

- Kritik an der Universalität der Menschenrechte
 - USA z.B. möchte ihre Menschenrechte auf der ganzen Welt, was ja eigentlich auch kolonialistisch ist.
- Gemeinsame Menschen
 - Menschenrechte als zusammenführende Idee. Es geht nicht um Westen vs. nicht Westen, sondern um Freiheit und Toleranz.

IV. Entwicklung unter der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

In der Schweiz beginnt die Geschichte der Grundrechte mit der ersten Helvetischen Verfassung von 1798. Die Kantone erhielten mit dem Erlass der Mediationsakte durch Napoleon (1803) zwar erstmals geschriebene Verfassungen; ein individualistisches **Freiheitsverständnis** und die **Rechtsgleichheit** fanden aber erst in der **Regeneration** (1830 bis 1848)

Eingang in die Kantonsverfassungen.

- Erste Freiheitsrechte und die Rechtsgleichheit fanden in der **Regeneration** (1830 bis 1848) Eingang in Kantonsverfassung.
 - ⇒ 1848: Erste BV, begründet die Rechtsstaatlichkeit der Schweiz
 - ⇒ Aber doch sehr wenige, da viele im späteren Prozess dann auch als ungeschriebene Grundrechte legitimät erlangt haben.
- Die Bundesverfassung von 1848 und 1874 enthielten nur punktuelle Grundrechtsgarantien.

¹ Siehe Vorlesung 1, F. 12 – 15.

- Das Bundesgericht hat die Grundrechtsnormen der Verfassung in einer reichen Rechtsprechung konkretisiert und ungeschriebene Grundrechte anerkannt.
- Die BV von 1999 enthält einen umfassenden und systematischen Grundrechtskatalog.

V. Internationaler Menschenrechtsschutz

Im 19. Jahrhundert wurden die Grundrechte gemeinhin als verfassungsrechtliche Garantien zugunsten von Staatsbürgern verstanden. Vor diesem Hintergrund entstanden punktuell Ansätze eines Internationalen Menschenrechtsschutzes.

- **Wiener Kongress (1815)**
 - Den Niederlanden und verschiedenen anderen Staaten wurden vorgeschrieben, den gleichmässigen Schutz aller Konfessionen zu gewähren und die Angehörigen von Glaubensgemeinschaften beim Zugang zu öffentlichen Ämtern nicht zu diskriminieren.
 - Abschaffung des Sklavenhandels
 - Bloss zwischenstaatliche Verpflichtungen, keine individuellen Ansprüche
- **Charta der Vereinten Nationen (1945)**
 - Die Vereinten Nationen fördern «die allgemeine *Achtung und Verwirklichung* der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache und der Religion.» (Art. 55 lit. c UNO – Charta)
- **Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (1948) AEMR**
 - Umfangreicher Menschenrechtskatalog, jedoch rechtlich nicht bindend
 - Diese Rechte wurde in der EMRK und in den Menschenrechtskonventionen der UNO vertraglich verankert und weiterentwickelt.

VI. Fazit: Funktion und Begriff der Grundrechte

- **Grundrechte** werden durch *den Staat garantiert*, beschränken gleichzeitig die staatliche Macht.
 - Grundrechte widerspiegeln jene Aspekte des menschlichen Daseins, die sich gegenüber den Ansprüchen staatlicher und sozialer Macht als besonders verletzlich und schutzbedürftig erwiesen haben.
 - Grundrechte sind von der Verfassung (oder als Menschenrecht vom Völkerrecht) garantierte Rechtsansprüche Privater gegen den Staat, die dem Schutz grundlegender Aspekte der menschlichen Person und ihrer Würde dienen.
- ⇒ Grundrechte für natürliche Personen gelten, schützen sie die Persönlichkeit des Menschen in ihren zentralsten Erscheinungen und sichern dabei dem Einzelnen Gleichheit und Sicherheit unerlässlich ist.

2. DIE RECHTSQUELLEN DER GRUNDRECHTE

I. Bundesverfassung

Grundrechte werden in der BV verankert in Art. 7 bis Art. 36 BV.

- **einem Katalog von Grundrechten => Art. 7 bis Art. 34 BV**
- **auch allgemeine Bestimmungen über die Anwendung der Grundrechte => Art. 35 BV**
- **regelt die Verwirklichung von Grundrechten deren Einschränkung => Art. 36 BV**
 - Weitere für den Grundrechtsschutz bedeutsame Verfassungsbestimmungen: z.B. Art. 94 BV (Grundsätze der Wirtschaftsordnung) für die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), Art. 70 BV (insb. Abs. 2: Territorialitätsprinzip) für die Sprachenfreiheit (Art. 18 BV).

II. Kantonsverfassung

Grundrechte, welche in einer Kantonsverfassung enthalten sind, sind nur dann von Bedeutung, wenn ihr Schutzbereich weitergeht oder höhere Anforderungen an die Einschränkung von GrundR haben.

- **Verweis auf Grundrechte der BV: z.B. Art. 10 Abs. 2 KV Luzern (2007)**

Art. 10 KV LU Gewährleistung der Grundrechte

¹ Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.

² Die Grundrechte sind nach Massgabe der Bundesverfassung gewährleistet..

Weitergehende Grundrechtsgarantien: z.B. Art. 19 KV Genf (2012)

Art. 19 KV GE Droit à un environnement sain

Toute personne a le droit de vivre dans un environnement sain.

III. Internationale Menschenrechtsgarantien

Auf der europäischen Ebene hat die Rahmen des Europarates ausgearbeitete und **unterzeichnete Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten** (EMRK) von 4. November 1950 zentrale Bedeutung erlangt. Die EMRK ist am 28. November 1974 für die Schweiz in Kraft getreten. Die materiellen Garantien der EMRK werden durch einige **Zusatzprotokolle** ergänzt => in der Schweiz grundsätzlich *unmittelbar anwendbar*. Die Schweiz hat nur die Protokolle Nr. 6 vom 28 April 1983 und Nr. 13 vom 3 Mai 2002 und Protokolle Nr. 7 vom 22 November 1984 ratifiziert.

- **Die UNO – Menschenrechtspakte**
 - **UNO – Pakt I:** Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
 - **UNO – Pakt II:** Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
- **Weitere Konventionen:**
 - Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDÜ) und Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) ²

² Für die Notizen über Zusammenhang Schubert – Praxis siehe Vorlesung 1, F. 21.

3. GRUNDBEGRIFFE DER GRUNDRECHTSLEHRE

I. Arten von Grundrechten

1. Grundrechte als Menschenrechte oder Bürgerrechte

Als **Menschenrechte** werden hier jene Grundrechte bezeichnet, **die allen natürlichen Personen** unbesehen ihrer Nationalität zustehen.

⇒ Die meisten Grundrechte der BV sind Menschenrechte.

Gleich wie andere nationale Verfassungen enthält der Grundrechtskatalog der Bundesverfassung jedoch auch **Bürgerrechte** und damit Garantien, die einzig **Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern** zustehen (**NUR SCHWEIZER!!!**)

⇒ Niederlassungsfreiheit (Art. 24 Abs. 1 BV)

⇒ Politische Rechte im Bund (Art. 34 i.V.m. Art. 136 ff. BV).

2. Grundrechte und verfassungsmässige Rechte

Der Begriff der verfassungsmässigen Rechte umfasst mehr als den Grundrechtskatalog der BV, er beinhaltet:

⇒ Grundrechte der **BV** und der **KV** sowie die justiziablen Garantien **internationaler Menschenrechtsverträge**.

⇒ Bestimmte Grundsätze der Staatsorganisation oder der Staatsverwaltung, die in erster Linie rechtsstaatlichen und föderalistischen Zielen dienen, aufgrund ihrer Bedeutung für den Einzelnen vom Bundesgericht aber in den Rang von Individualrechten erhoben wurden.

Beispiele: Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV), Grundsatz der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Besteuerere nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV), Grundsatz der Gewaltenteilung (vgl. Art. 51 Abs. 1 BV).

Einteilung der Grundrechte gestützt auf Trägerschaft und Geltungsgrund

Menschenrechte	Grundrechte im engeren Sinn	Bürgerrechte (im Sinne der Grundrechtslehre)	Verfassungsmässige Rechte
vom Völkerrecht garantierte, einklagbare Rechtsansprüche Privater gegen den Staat	von der (Bundes- oder Kantons-) Verfassung garantierte, einklagbare Rechtsansprüche Privater gegen den Staat	Grundrechte, die nur den Staatsangehörigen des betreffenden Staates zustehen	Rechte, die im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit geltend gemacht werden können.

3. Grundrechte und Staatszielbestimmungen

Die BV legt in einzelnen Bestimmungen die Staatsziele fest, denen die Eidgenossenschaft verpflichtet ist. Diese betrifft zum Beispiel die Zweckbestimmung (Art. 2 BV), die Grundsätze der Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV), die Sozialordnung (Art. 108 ff. BV) und namentlich die Sozialziele (Art. 41 BV).

Diese Zielnormen weisen einen unterschiedlichen Abstraktionsgrad auf und ihre normative Tragweite ist begrenzt. Insbesondere lassen sich ihnen *keine unmittelbar wirksam und gerichtlich durchsetzbaren Ansprüche Privater*

entnehmen; die Gewichtung und Umsetzung bleibt vielmehr dem Gesetzgeber überlassen (vgl. insbesondere den Wortlaut von Art. 41 Abs. 1 BV).

4. Geschriebene und ungeschriebene Grundrechte

Die Grundrechte von Bund und Kantonen und die in internationalen Verträgen anerkannten Garantien sind in Form geschriebener Rechte gehalten.

Unter der Geltung der Verfassung von 1874 hat das Bundesgericht im Rahmen der Verfassungsgerichtsbarkeit (heute Art. 189 Abs. 1 BV) den seinerzeit lückenhaften Grundrechtskatalog ergänzt und rechtsschöpferisch auch «ungeschriebene Grundrechte» anerkannt.

- Eigentumsgarantie;
- persönliche Freiheit;
- Meinungsfreiheit;
- Sprachenfreiheit;
- Recht auf Existenzsicherung (siehe dazu nachstehend BGE 121 I 137)³

Die Bedeutung ungeschriebener Grundrechte ist heute marginal; anlässlich der Verfassungsrevision im Jahr 1999 wurde der gerichtlich entwickelte Bestand an ungeschriebenen Grundrechten in den Verfassungstext überführt.

Zwei Voraussetzungen für die Anerkennung ungeschriebener Grundrechte:

1. Voraussetzung für die Ausübung anderer in der BV garantiert Freiheitsrechte oder unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung des Bundes.
2. Entsprich bereits **einer weit verbreiteten Verfassungswirklichkeit in den Kantonen und wird von einem allgemeinen Konsens getragen.**

II. Typologie der Grundrechte

Wird nach dem *zentralen Inhalt* bzw. dem *hauptsächlichen Schutzzweck* eines Grundrechts gefragt und damit nach einem eher pragmatischen Kriterium unterschieden, lassen sich die Grundrechte in:

1. Freiheitsrechte
2. Gleichheitsrechte
3. Sozialrechte
4. Politische Rechte
5. Verfahrensgrundrechte

1. Freiheitsrechte

Die meisten GR sind den Freiheitsrechten zugehörigen. Typische Freiheitsrechte der BV sind des Glaubens – und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV), die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) oder die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Freiheitsrechte betonen den Integritätsanspruch des Individuums. Freiheitsrechte haben einen «Schutzbereich». Innerhalb dieses Bereichs kommen den Grundrechtsträgern bestimmte Ansprüche zu: Sie sind frei, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder solcher Tätigkeiten zu unterlassen. Der Staat darf dieses Bereich nur unter bestimmten Voraussetzungen einschränken.

³ Siehe Vorlesung 1, F. 26 – 28.

In erster Linie sind es «Abwehrrechte», von ihnen werden jedoch auch Leitungsansprüche und Schutzansprüche abgeleitet.

2. Gleichheitsrechte

Mit den Gleichheitsrechten stellt die Verfassung Anforderungen für die staatliche Behandlung der Gewaltunterworfenen auf. Typische Gleichheitsrechte der BV sind **Rechtsgleichheit** (Art. 8 Abs. 1 BV) und die **Diskriminierungsverbote** (Art. 8 Abs. 2 – 3 BV). In einem weiten Sinn zählen auch das **Willkürverbot** und die **Wahrung von Treu und Glauben** (Art. 9 BV) zu den Gleichheitsrechten. Die Gleichheitsrechten gewährleisten dem *Individuum in sämtlichen Bereichen staatlicher Tätigkeit* ein Mindestmass an fairer und gleicher Behandlung. Gleichheitsrechte haben eine *Querschnittsfunktion*, d.h. der Staat muss richtig differenzieren können bei der Behandlung von Gewaltunterworfenen. Dies kann ein Tun oder ein Unterlassen von Seiten des Staates verlangen.

3. Sozialrechte

Die Bundesverfassung kennt drei justiziable Sozialrechte:

1. die Garantie der Nothilfe (Art. 12 BV);
2. den Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV) und den
3. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV).

Sozialrechte vermitteln dem Individuum unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf *positive staatliche Leistungen*. Hierzu müssen die Grundrechte aber justizierbar, d.h. unmittelbar anwendbar sein.

4. Politische Rechte

Politische Rechte gewährleisten dem Einzelnen einen Anspruch auf Teilhabe am politischen (Entscheidungs-) Prozess und damit auf aktive Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung mittels Wahlen und Abstimmungen, Initiativen und Referenden.

Auf alle Ebenen des Gemeinwesens ausdrücklich geschützt ist die freie politische Willensbildung und die unverfälschte Stimmabgabe (Art. 34 Abs. 2 BV). Darüber hinaus gewährleistet die Verfassung in Art. 34 Abs. 1 BV in allgemeiner Weise «die politischen Rechte» => Art. 34 BV schafft nicht die Politische Rechte, sondern sie vor Beeinträchtigungen schützt, soweit Verfassung und Gesetzgebung in Bund, Kantonen und Gemeinden überhaupt entsprechende Rechte gewährleisten. In weiteren Sinnen gehören zu ihnen auch die Meinungsäusserung -, Versammlung - und Vereinigungsfreiheit.

⇒ Sie enthalten sowohl Abwehr – als auch Leistungsansprüche.

5. Verfahrensgrundrechte

Einen besonderen Grundrechtstypus stellen die Verfahrensgrundrechte dar. Sie bestehen letztlich nicht um ihrer selbst willen, sondern sind Mittel zum Schutz anderer Rechte:

- Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)
- Garantie des unabhängigen und unparteiischen Richters (Art. 30 Abs. 1 BV) oder der
- Anspruch auf gerichtliche Überprüfung eines Freiheitsentzugs (Art. 31 BV)

Verfahrensrechte können von den Behörden eine Gleichbehandlung aller Verfahrensbeteiligten erfordern (z.B. Chancen – bzw. «Waffen» - Gleichheit im Prozess) oder den betroffenen Personen Wahlfreiheiten einräumen. Schliesslich können sie auch Leistungen des Staates erfordern (z.B. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bei Bedürftigkeit).

4. DIMENSIONEN DER GRUNDRECHTE

I. Überblick

Grundrechte haben verschiedene Dimensionen:

- **Subjektiv – rechtliche Grundrecht dimension**: Grundrechte begründen in erster Linie Rechte des Individuums, d.h. durchsetzbare subjektive Rechtsansprüche.
- **Objektiv – rechtlich Grundrecht dimension**: Grundrechte verkörpern gleichzeitig objektive Gestaltungsprinzipien, die für die gesamte Rechtsordnung von Bedeutung sind und alle Träger von Staatsaufgaben in ihren Zuständigkeitsbereichen verpflichten.
- Im Speziellen entfalten Grundrechte auch *gewisse Wirkungen im Verhältnis zwischen Privaten* (sog. Drittwirkung der Grundrechte)
 - ⇒ Auch Horizontalwirkung genannt (Drittwirkung).

II. Subjektiv – rechtliche Dimension

Grundrechte in ihrer subjektiv – rechtlichen (justiziablen) Dimension sind aufseiten der Grundrechtsträger unmittelbar geltende und gerichtlich durchsetzbare Rechte; aufseiten des Staates begründen sie unmittelbar wirkende Verpflichtungen. Je nach Schutzrichtung ist ein Grundrecht unterschiedlich ausgestaltet, es kann:

- **Abwehransprüche** => Grundrechte vermitteln dem Einzelnen Abwehrrechte gegenüber staatlichen Einschränkungen.
- **Leistungsansprüche** => Individuelle Ansprüche auf positives Tun des Staates (Bsp.: «Schulen/Bildung zu Verfügung stellen»)
- **Schutzansprüche** => Vermeidung von nicht staatlichen Übergriffen
 1. Person, deren Schutz infrage steht, ist vom Geltungsbereich einer Grundrechtsgarantie erfasst und das staatliche Unterlassen berührt den Schutzbereich;
 2. Behörde hat Kenntnis von der konkreten – d.h. realen und unmittelbar drohenden – Grundrechtsverletzung oder müsste bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit und genügender Sorgfalt davon Kenntnis haben. ⁴

III. Objektiv – rechtliche Grundrechtsdimension

Grundrechte binden alle Träger staatlicher Aufgaben und sind bei jeder staatlichen Tätigkeit zu berücksichtigen.

- In der Rechtsetzung soll bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung die Grundrechtsdimension der gesetzlichen Regelung stets mitbedacht werden.
- In der Rechtsanwendung gewinnen die Verwaltungsbehörden aus den Grundrechten Interpretationsrichtlinien für die Auslegung und Anwendung von Gesetzen und Verordnungen
 - ⇒ **Die objektiv – rechtlichen Dimension der Grundrechte findet ihren Ausdruck in Art. 35 Abs. 1 und 2 BV.**

IV. Verwirklichung der Grundrechte

1. Geltung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung (Art. 35 Abs. 1 BV)

Grundsätzlich ist *kein Rechtsgebiet* von der Grundrechtsbindung *ausgenommen*. Die Geltung der Grundrechte in der gesamten Rechtsordnung betrifft im Weiteren *alle Rechtsakte*, diejenigen der Rechtsetzung ebenso wie diejenigen der Rechtsanwendung, inklusive des einfachen Verwaltungshandelns

⁴ Siehe Vorlesung 2, F. 4 – 8.

⇒ Das Hauptproblem, welches Art. 35 Abs. 1 aufwirft, ist jenes der *Modalitäten*. Es geht um die Frage, *wie* die umfassende Geltung der Grundrechte verwirklicht wird. Grundrechte weisen verschiedene Schichten auf, welche dafür sorgen, dass Grundrechte umfassend zur Geltung kommen:

- a) *Direkte Bindung von Gesetzgeber und Rechtsanwender* => Der subjektive Anspruch der Grundrechtsträger wird für staatliche Organe objektiv zur Pflicht.
- b) *Grundrechtsfreundliche Ausgestaltung der Rechtsordnung* => Der Gesetzgeber ist auch da verpflichtet, für eine grundrechtsfreundliche Rechtsordnung zu sorgen, wo er nicht direkt durch subj. Ansprüche der Grundrechtsträger verpflichtet ist.
- c) *Grundrechtskonforme Auslegung aller Rechtsnormen* => durch den Rechtsanwender (in allen Rechtsgebieten).
- d) *Staatliche Organe (namentlich Legislativ – und Exekutivbehörden)* => sind gehalten, die Rechtsordnung auf allfällige Mängel im umfassenden Grundrechtsschutz hinzu überprüfen und gegebenenfalls die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen.

2. Geltung der Grundrechte für alle Träger staatlicher Aufgaben (Art. 35 Abs. 2 BV)

Mit dieser Regelung (Art. 35 Abs. 2 BV) betont die BV die Grundrechtspflichtigkeit sämtlicher Träger und Trägerinnen staatlicher Aufgaben auf allen Ebenen staatlicher Tätigkeit (Bund, Kantone und Gemeinden).

⇒ Über die Grundrechtsbindung entscheidet nicht die Art der Behörde oder des Organs, sondern die Tatsache der Erfüllung einer staatlichen Aufgabe.

Als **Staatsaufgabe** gilt zunächst jedes Tätigkeitsfeld, das durch die Verfassung oder durch ein Gesetz dem Staat zugewiesen wurde. Staatsaufgaben können auch Privaten zur Erfüllung übertragen werden.

⇒ Der Staat bleibt aber stets für die Gewährleistung der verfassungs – und gesetzeskonformen Erfüllung verantwortlich.

Grundsätzlich umfassende Grundrechtsbindung des Gemeinwesens (Gemeinwesen ist eigentlich das Volk gemeint. Gemeinwesen sind wir alle, die Bürger der Schweiz) bei Erfüllung staatlicher Aufgaben.

⇒ Der Staat ist zur Beachtung der Grundrechte grundsätzlich auch verpflichtet, wenn er eine staatliche Aufgabe in den Formen des Privatrechts wahrnimmt.

○ Grundrechtsbindung des Volkes

- Dem Referendum unterstehende Erlasse der Gemeinden und der Kantone dürfen nicht verfassungswidrig sein; dies gilt trotz Art. 190 BV auch für Bundesgesetze.
- Die Grundrechtsbindung gilt auch, wenn das Volk individuell – konkrete Hoheitsakte im Rahmen von Abstimmungen beschliesst (z.B. Einbürgerungsentscheide)

○ Grundrechtsbindung Privater bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben

- Der Staat kann sich der Grundrechtsbindung nicht dadurch entziehen, dass er die Aufgabenerfüllung Privaten überträgt.
- Deshalb sind auch Private an die Grundrechte gebunden, wenn und soweit sie staatliche Aufgaben wahrnehmen.

Beispiele:

- ⇒ Krankenkassen müssen im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung die Grundrechte beachten, weil sie in diesem Bereich staatliche Aufgaben wahrnehmen.
- ⇒ Die SRG als Konzessionärin des Bundes ist auch in ihrem privatrechtlichen Handeln im Werbebereich an die GR gebunden, wenn die Werbung zur Finanzierung ihres programmrechtlichen Auftrags dient.⁵

3 Wirkung der Grundrechte unter Privaten (Art. 35 Abs. 3 BV)

Nach traditioneller Auffassung ist der Staat Adressat in den Grundrechten liegenden Verpflichtungen zu einem Dulden oder Unterlassen.

Private sind grundsätzlich nicht an die Grundrechte gebunden, sofern die nicht eine staatliche Aufgabe wahrnehmen (siehe Art. 35 Abs. 2 BV)

Werden die Grundrechte als Leitgrundsätze der Verfassungsordnung gedeutet (objektiv – rechtliche Grundrechtsdimension), so wirken sie sich auch auf die Gestaltungsfreiheit der Individuen untereinander aus (Drittwirkung der Grundrechte)

- **Direkte Drittwirkung** => Unmittelbare Bindung auch der Privaten an die Grundrechte
- **Indirekte Drittwirkung** => Wenn bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen (v. a. Generalklauseln und unbestimmte Gesetzbegriffe im Privat – und Strafrecht) die Grundrechte berücksichtigt werden.

Grundsätzlich kann jede Person in den Grenzen der Zivilrechtsgesetzgebung selber entscheiden, ob, mit wem in welchen Formen sie privatrechtlich in Kontakt tritt (Privatautonomie)

Deshalb besteht grundsätzlich *keine direkte Drittwirkung* (unmittelbare Horizontalwirkung)

Nur in seltenen Fällen wird dieser Grundsatz durch die Verfassung selbst durchbrochen

- ⇒ Beispiel: Garantie der Lohngleichheit für Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 BV, siehe auch Art. 3 GIG) kann von der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer direkt gegenüber dem Arbeitgeber angerufen werden.

Anerkannt ist hingegen die *indirekte Drittwirkung*, d.h. die grundrechtskonforme Auslegung des Privat – und Strafrechts (entspricht dem Grundsatz der Verfassungskonformen Auslegung). Das Gebot von Art. 35 Abs. 3 BV wird schliesslich dort verwirklicht, wo der Staat Schutzpflichten aus Grundrechten wahrnimmt.

- ⇒ Beispiel: Die Verpflichtung der Behörden, für die Geltung der Grundrechte unter Privaten zu sorgen, hat konkrete Auswirkungen bspw. im Zusammenhang mit Demonstrationsbewilligungen. Weil solche Veranstaltungen bei konkret drohender Gewalttätigkeit Grundrechte Dritter beeinträchtigen können, lässt sich die Grundrechtsproblematik in solchen Fällen nicht auf ein blosses Abwehrrecht der Veranstalter gegenüber den Behörden reduzieren, weshalb neben den Grundrechtsschranken von Art. 36 BV gleicherweise Art. 35 BV mitzuberücksichtigen ist.⁶

⁵ Siehe Vorlesung 2, F. 15 – 18.

⁶ Siehe Vorlesung 2, F. 22 – 24.

5. TRÄGER DER GRUNDRECHTE

I. Natürliche Personen

1. Einleitung

Natürliche Personen können Träger aller Grundrechte sein => dies gilt auch für Personen, deren Handlungsfähigkeit beschränkt ist, wie insb. Minderjährigen usw.

Eine *Ausnahme* zur Regel der Grundrechtsträgerschaft aller natürlichen Personen bildet die Umschreibung gewisser Grundrechte als Bürgerrechte; sie stehen nur jenen natürlichen Personen zu, die gleichzeitig auch das Schweizer Bürgerrecht besitzen.

⇒ *Beispiele*: Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV), politische Rechte im Bund (Art. 34 i.V.m. Art. 136 Abs. 1 BV)

Gewisse Grundrechte beschränken den Kreis der Grundrechtsträger auf Personen, die bestimmte Eigenschaften aufweisen (grundrechtsimmanente Beschränkungen der Grundrechtsträgerschaft)

⇒ *Beispiele*: Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 19 BV i.V.m. Art. 62 Abs. 2 BV), Schutz von Kindern und Jugendlichen (Art. 11 Abs. 1 BV).

2. Ungeborenes Leben

Das Gesetzesrecht lässt die Rechtspersönlichkeit des Menschen mit der *vollendeten Geburt* beginnen (Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 ZGB). Die Grundrechtsträgerschaft setzt spätestens mit diesem Zeitpunkt ein. Verfassung und Gesetz enthalten punktuell Bestimmungen, die sich mit dem ungeborenen Leben befassen. So wird dem Schutz des ungeborenen Lebens im Strafrecht Rechnung getragen (Art. 118 ff. StGB, betr. Schwangerschaftsabbruch). Auf der Ebene der Verfassung ist zudem Art. 119 BV (Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich) von Bedeutung. Diese Normierungen drücken aus, dass die Rechtsordnung das ungeborene Leben zu schützen hat.

3. Grundrechtsmündigkeit

Von der Grundrechtsträgerschaft ist die *Grundrechtsmündigkeit* zu unterscheiden. Diese bedeutet die prozessuale Handlungsfähigkeit bei Grundrechtsverletzungen. Damit ist das Recht gemeint, eine Grundrechtsverletzung selbstständig, d.h. ohne gesetzlichen Vertreter oder sogar gegen dessen Willen geltend zu machen. Kinder und Jugendliche üben ihre Rechte grundsätzlich im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus **(Art. 11 Abs. 2 BV)**.

Fixe Altersgrenzen des Privatrechts (vgl. z.B. Art. 467 ZGB betreffend Mindestalter von 18 Jahren zur Abfassung eines Testaments oder Art. 303 ZGB betreffend religiöses Bekenntnis) stehen in einem Spannungsverhältnis zum flexiblen Konzept der Grundrechtsmündigkeit, als gesetzliche Typisierungen der Urteilsfähigkeit können sie jedoch gerechtfertigt sein.

⇒ Spannungsverhältnis zwischen Art. 11 Abs. 2 BV, Grundrechtsmündigkeit wenn Urteilsfähigkeit **vs.** Fixe Altersgrenzen im Privatrecht.

4. Verstorbene

Das Bundesgericht hat es abgelehnt, der BV einen subjektiv – rechtlichen Anspruch auf postmortalen Persönlichkeitsschutz zu entnehmen. Stattdessen gilt die Theorie des Andenkenschutzes: Nahe Angehörige verfügen als Teilgehalt ihrer persönlichen Freiheit über ein eigenes Persönlichkeitsrecht, das in gewissem Umfang auch die Wahrung des Ansehens des Toten umfassen kann. Zudem bejaht das Bundesgericht eine Grundrechtskontinuität im Sinne einer

Nachwirkung: Einzelne Aspekte des Persönlichkeitsschutzes können über den Tod des Grundrechtsträgers hinauswirken, falls diese vor dem Tod manifestiert wurden und staatliche Schutzpflichten begründen ⁷.

II. Juristische Personen des Privatrechts

1. Grundsatz

Juristische Personen des Privatrechts sind Träger von Grundrechten, die

- nicht an natürlichen Qualitäten des Menschen anknüpfen und
 - von ihrer Funktion her auf juristische Personen passen.
 - *Beispiele*: Art. 8 Abs. 1 BV (Rechtsgleichheit); Art. 26 BV (Eigentumsgarantie); Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit)
 - *Gegenbeispiele*: Art. 10 BV (Recht auf Leben und persönliche Freiheit); Art. 14 BV (Recht auf Ehe und Familie).
- ⇒ Zur Glaubens – und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) ⁸

2. Verwaltungsträger

Verwaltungsträger wie Körperschaften des öffentlichen Rechts (insb. Bund, Kantone und Gemeinden), öffentlich – rechtliche Anstalten (z.B. Universitäten), öffentlich – rechtliche Stiftungen (z.B. SNF) oder öffentliche Unternehmen (z.B. die PostFinance AG) können sich im Grundsatz NICHT auf die Grundrechte berufen.

⇒ Sie sind grundrechtsverpflichtet, grundsätzlich aber nicht grundrechtsberechtigt.

AUSNAHME:

- Grundrechtsträgerschaft besteht, wenn sich die juristische Person des öffentlichen Rechts auf dem Boden des Privatrechts bewegt oder durch einen Hoheitsakt gleich wie eine Privatperson betroffen ist.
- Gemeinden können sich auf die Gemeindeggarantie und öffentlich – rechtliche Körperschaften der Kantone auf entsprechende Autonomiegarantien des kantonalen Rechts berufen (Art. 189 Abs. 1 lit. e BV).

III. Grundrechtsverzicht

Eine genereller Grundrechtsverzicht im Sinne der vollständigen Aufgabe der Grundrechtsträgerschaft **ist nicht möglich**. Kein Grundrechtsverzicht liegt im Gebrauch negativen Freiheiten.

⇒ Nimmt jemand nicht an einer Demonstration teil, bedeutet dies keinen Grundrechtsverzicht

Ein **Ausübungsverzicht** liegt vor, wenn sich der Einzelne gegen einen staatlichen Eingriff in seine Grundrechte prozessual nicht zur Wehr setzt.

⇒ *Beispiel*: jemand **ficht eine amtliche verfügte Schliessung eines Gewerbes nicht an** (Wirtschaftsfreiheit, Art. 27 BV).

Eine Ausübungsverzicht kann auch gegeben sein, wenn der Einzelne einem an sich unzulässigen Eingriff zustimmt, sich beispielweise freiwillig einer im konkreten Fall unverhältnismässigen Blutprobe unterzieht. Ein Ausübungsverzicht ist unter zwei Voraussetzungen möglich:

1. **Der Verzicht muss zulässig sein**

⇒ Der Verzicht ist nicht zulässig, wenn zwingende Bestimmungen in Frage stehen

⁷ Siehe Vorlesung 2, F. 29.

⁸ Siehe Vorlesung 2, F. 31 – 32.

- ⇒ *Beispiel*: Verzicht des Anspruchs auf gleichen Lohn für Mann und Frau (Art. 8 Abs. 3 BV)
 - ⇒ Gemäss einem Teil der Lehre kann auf jene Grundrechte nicht verzichtet werden, die neben individuellen Rechtspositionen gleichzeitig auch öffentliche Interessen schützen (siehe Art. 30 Abs. 3 BV: Anspruch auf ein öffentliches Gerichtsverfahren)
2. **Die Verzichtserklärung muss ausdrücklich erfolgen**
- ⇒ Die Erklärung muss freiverantwortlich und ausdrücklich erfolgen
 - ⇒ Konkludentes Handeln oder gar mutmassliche Einwilligung genügen in der Regel nicht.

6. SACHLICHER SCHUTZBEREICH

I. Begriff und Ermittlung

Während der persönliche Schutzbereich eines Grundrechts die Grundrechtsträgerschaft bestimmt, **umschreibt der sachliche Schutzbereich den Inhalt eines Grundrechts**. Der sachliche Schutzbereich definiert:

- das **Schutzobjekt**, d.h. jene Lebensbereiche, Interessen oder Rechtsinstitute und daran geknüpfte Verhaltensweisen, die vom Schutz des einzelnen Grundrechts erfasst werden
 - ⇒ Beispiel: Die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) schützt den Einzelnen in seinem künstlerischen Ausdruck
 - Die **grundrechtlich vermittelten Ansprüche** (Abwehr-, Schutz- oder Leistungsansprüche)
 - ⇒ Beispiel: Die Kunstfreiheit (Art. 21 BV) schützt das Schaffen, Verbreiten, Ausstellen oder Besitzen von Kunst.

Ausgangspunkt für die Ermittlung des sachlichen Schutzbereiches ist der *Wortlaut* der jeweiligen Garantie. Die *Grundrechtskonkretisierung* erfolgt primär durch die Rechtsprechung des BGer. Der Schutzbereich ist nicht starr, sondern tendenziell offen und kann bei neuen Bedrohungs- und Bedürfnislagen weiterentwickelt werden. Neben der allgemeinen Ausrichtung an Freiheit, Gleichheit und menschlicher Würde dient insbesondere der jeweilige *Schutzzweck eines Grundrechts* als Direktive für dessen Konkretisierung.

I. Kerngehalt

Der Kerngehalt umschreibt jenen Gehalt des sachlichen Schutzbereichs eines Grundrechts, der absoluten Schutz vor Verletzung vermittelt und deshalb unter keinen Umständen eingeschränkt werden darf.

7. GLEICHZEITIGE ANWENDBARKEIT VON GRUNDRECHTEN

I. Grundrechtskonkurrenz

Als Grundrechtskonkurrenz bezeichnet man **Situationen**, in denen ein Hoheitsakt gleichzeitig und konkret die Schutzbereiche mehrerer Grundrechte *einer Person* betrifft.

- ⇒ Sog. «*echte Grundrechtskonkurrenz*» (Grundrechtskumulation): Hoheitsakt tangiert gleichzeitig mehrere verfassungsmässige Rechte derselben Personen, deren Schutzbereiche sich nicht berühren.
 - **Echte GRK** => Ein Journalist kann sich bei einer Beeinträchtigung durch den Staat einerseits auf die spezielle **Pressefreiheit** und andererseits auf die **Meinungsäusserungsfreiheit** berufen.

Weil die betroffenen Grundrechte unterschiedliche Aspekte schützen, gelten sie nebeneinander, müssen also solchen Fällen einzeln geprüft werden

- ⇒ Sog. «*unechte Grundrechtskonkurrenz*»: Hoheitsakt tangiert gleichzeitig mehrere Grundrechte, deren Schutzbereiche sich überschneiden.
 - **Unechte GRK** => z.B., wenn der Staat eine Stätte **enteignet**, welche vom Eigentümer als «heilig» betrachtet wird, dann sind sowohl die **Religionsfreiheit** als auch die **Eigentumsfreiheit** betroffen.

Im Überschneidungsbereich befinden sich die Grundrechte in einem Verhältnis der Subsidiarität oder Spezialität. Das allgemeine Grundrecht muss darum nur geprüft werden, wenn eine Beeinträchtigung nicht schon vollständig im Schutzbereich des speziellen Grundrechts liegt.

II. Grundrechtskollisionen

Als Grundrechtskollisionen bezeichnet man Situationen, in denen ein und derselbe Hoheitsakt die grundrechtlichen Schutzbereiche verschiedener Grundrechtsträger berührt, deren Interessenlage gegenläufig ist. Grundrechtskollisionen müssen durch eine Harmonisierung der Grundrechtsinteressen im Sinne der «praktischen Konkordanz» aufgelöst werden.

- ⇒ **Praktische Konkordanz** => Abwägen von gegenläufigen Grundrechtsinteressen, man versucht die gegenläufigen Grundrechtsinteressen möglich harmonisch auszugleichen
- ⇒ (Die Freiheit des einen hört dort auf, wo die Freiheit des anderen beginnt)

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Grundrechtsverwirklichung dafür zu sorgen, dass die Grundrechte der Privaten möglichst umfassend zum Tragen kommen (Art. 35 BV). Die rechtsanwendenden Behörden nehmen die erforderliche Harmonisierung in der Regel anlässlich der *Interessenabwägung* im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung vor.⁹

⁹ Siehe Vorlesung 2, F. 40.

8. EINSCHRÄNKUNGEN VON GRUNDRECHTEN

I. Schrankennormen

Art. 36 BV Einschränkung von Grundrechten

¹ Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer **gesetzlichen Grundlage**. **Schwerwiegende Einschränkungen** müssen **im Gesetz selbst** vorgesehen sein. **Ausgenommen** sind Fälle **ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr**.

² Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein **öffentliches Interesse** oder durch den **Schutz von Grundrechten Dritter** gerechtfertigt sein.

³ Einschränkungen von Grundrechten müssen **verhältnismässig** sein.

⁴ Der **Kerngehalt** der Grundrechte ist **unantastbar**.

II. Prüfschema zur Einschränkung von Freiheitsrechten

1. Fällt der Vorgang unter der **sachlichen Schutzbereich** eines Freiheitsrechts und betrifft er eine Person, die Trägerin des fraglichen Freiheitsrechts ist (*persönlicher Schutzbereich*)
2. Stellt der Vorgang eine **Einschränkung** diese Schutzbereichs dar?
3. Ist diese Einschränkung **verfassungskonform**?
 - b. Genügt die *gesetzliche Grundlage* (Art. 36 Abs. 1 BV)?
 - c. Besteht ein *zulässiger Rechtfertigungsgrund* (Art. 36 Abs. 2 BV)?
 - d. Ist die Einschränkung *verhältnismässig* (Art. 36 Abs. 3 BV)?
 - e. Ist der *Kerngehalt* betroffen (Art. 36 Abs. 4 BV)?

III. Einschränkung

1. Begriff und Formen¹⁰

Eine Einschränkung eines Grundrechts liegt vor, wenn grundrechtlich geschützte Ansprüche durch eine staatliche oder dem Staat zurechenbare Massnahme (Handlung oder Unterlassung) verkürzt werden.

a. Grundsatz: Rechtsförmige und unmittelbare Einschränkungen

Die Funktion der Grundrechte verlangt nach einem **praktisch wirksamen Schutz** der Rechte des Einzelnen. Keine Rolle spielt deshalb, in welcher *Form eine Grundrechtseinschränkung gekleidet ist*. Oftmals erfolgt ein Eingriff durch einen **förmlichen Rechtsakt**, in der Regel durch eine individuell – konkrete Verfügung oder durch einen generell – abstrakten Rechtssatz. Typischerweise folgt die grundrechtliche Beeinträchtigung **unmittelbar** aus der staatlichen Massnahme.

b. Faktische Einschränkungen

Grundrechtsansprüche können nicht nur durch rechtsförmiges, sondern auch durch **faktisches Handeln** (Realakte) verkürzt werden.

c. Mittelbare Einschränkungen

Eine staatliche Handlung wirkt als Reflex mittelbar auf den Schutzbereich eines Grundrechts zurück.

¹⁰ Dazu Beispiel von Einschränkungsformen davon wäre eine Verfügung, oder einen förmlichen Rechtsakt, Realakte sowie Vorlesung 3, F. 6.

IV. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

1. Erfordernis der rechtssatzmässigen Grundlagen¹¹

Art. 36 BV Einschränkung von Grundrechten

¹ **Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage.** Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BV verlangt, dass jede Grundrechtseinschränkung auf einem **generell – abstrakten Erlass (Rechtssatz)** beruht, der hinreichend klar und **bestimmt formuliert ist** (Bestimmtheitsgebot, sog. «Normdichte»).

- Die Norm muss so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten *danach richten* bzw. die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit voraussehen können.
- Die *wesentlichen Wertungen* müssen sich der Norm selber entnehmen lassen und dürfen nicht den rechtsanwendenden Behörden überlassen werden.

2. Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bei schweren Grundrechtseinschränkungen¹²

Art. 36 BV Einschränkung von Grundrechten

¹ Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. **Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein.** Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV verlangt, dass **schwere Einschränkungen** von Grundrechten auf einem Gesetz im formellen Sinn beruhen (sog. «Normstufe»). Je einschneidender sich eine Einschränkung auswirkt, desto differenzierter muss sich auch inhaltlich umschreiben sein.

- ⇒ **Schwerwiegend** verlangt natürlich auch eine Wertung ... kann subjektiv sehr unterschiedlich sein. Deshalb gilt dort ein objektiver Massstab.
- ⇒ **Art. 36 Abs. 1 verlangt also:**
 - **Rechtssatz** (generell – abstrakt)
 - **Normdichte** (hinreichend klar und bestimmt)
 - **Normstufe** (Gesetz)

3. Gesetzesvertretende Verordnungen als Grundlage¹³

Verordnungen¹⁴ sind unter Gesichtspunkten der Gewaltenteilung verfassungskonform, wenn der Gesetzgeber die Befugnis zur Rechtsetzung förmlich an den Ordnungsgeber übertragen hat.

Es müssen **kumulativ** folgende vier Bedingungen erfüllt sein:

1. Die Delegation ist durch das **Verfassungsrecht** nicht ausgeschlossen

¹¹ Dazu Art. 36 Abs. 1: **Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage** => das bedeutet es muss nicht zwingend ein Gesetz sein!!! Wenn gewisse Voraussetzungen (Normdichte, Legitimation usw.) gegeben sind, reichen also auch Verordnungen!!! sowie KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 103.

¹² Siehe Vorlesung 3, F. 9 – 12.

¹³ **Grundlage** => Entwickelt durch Bundesgerichtliche Rechtsprechung. Problematisch wird dies erst, wenn es schwere Einschränkungen sind. Also wenn der Gesetzgeber die Befugnis zur Rechtsetzung weitergibt.

Vorteile => Vereinfachung der Gesetzgebung/Weiterdelegation von Kompetenzen an dafür vorgesehene Verwaltungsorgane

Nachteile => Gegen Verordnungen können kein Referendum ergreifen, Politiker müssen also bereits gegen das Gesetz ein Referendum ergreifen/Politische weniger gut legitimiert.

¹⁴ Verordnungen sind delegiert vom Gesetzgeber.

2. Die Delegationsnorm ist in einem **formellen Gesetz** enthalten
3. Die Delegation bezieht sich **inhaltlich auf eine bestimmte Materie**
4. Das formelle Gesetz selber umschreibt die Grundzüge (Inhalte, Zweck und Ausmass) der Regelung, *soweit sie die Rechtsstellung des Einzelnen in schwerwiegender Weise berührt.*

4. Herabgesetzte Anforderungen bei Sonderstatusverhältnissen

Personen, die in einem besonderen Rechtsverhältnis zum Staat stehen

- ⇒ *Beispiele:* Untersuchungsgefangene, Personen im Strafvollzug, **Armeeangehörige**, **Beamte**¹⁵, Schüler, Benutzer öffentlicher Anstalten wie Universitäten oder Bibliotheken

Anforderungen an die Normstufe

- ⇒ Die Begründung und der wesentlichste Inhalt des Sonderstatusverhältnisses müssen ihre Grundlage im Gesetz im formellen Sinn haben.
- ⇒ Einzelheiten des Sonderstatusverhältnisses können auf Verordnungsstufe geregelt werden, soweit es um Einschränkungen geht, die sich aus dem klar umschriebenen Zweck des Sonderstatusverhältnisses selber ergeben.¹⁶

5. Einschränkung ohne spezifische Grundlage – Polizeiliche Generalklausel (Art. 36 Abs.1 Satz 3 BV)¹⁷

Polizeiliche Generalklausel:

1. Es sind besonders **hochstehende Schutzgüter** des Staates oder von Einzelnen betroffen;
2. Es muss eine **schwere und unmittelbare Gefahr** für diese Schutzgüter bestehen oder bereits eine schwere Störung eingetragen sein;
3. Es besteht **zeitliche Dringlichkeit**;
4. Es stehen **keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen** zur Verfügung;
5. Es handelt sich um eine **unvorhersehbare Not – oder Krisensituation**; das Kriterium greift allerdings nicht, falls Schutzpflichten bestehen!¹⁸
6. Die Behörde handelt im Rahmen ihrer **Zuständigkeit**

6. Einschränkung ohne spezifische Grundlage (SONDERFALL) – Sachherrschaft des Gemeinwesens über den öffentlichen Grund?

Gemäss Bundesgericht sind Einschränkungen der Grundrechtsausübungen bei gesteigertem Gemeingebrauch grundsätzlich auch ohne gesetzliche Grundlage zulässig

- Wird in der Lehre kritisiert
 - Also vereinfacht gesagt, wenn eine Gruppe auf einem öffentlichen Grund eine Demonstration haben will, kann der Kanton oder die Gemeinde ohne gesetzliche Grundlage
- ⇒ Die Sachherrschaft des Gemeinwesens über den öffentlichen Grund diene als Surrogat für eine fehlende gesetzliche Grundlage

¹⁵ Eigentlich nicht so gut, da diese Personen bevorzugt oder benachteiligt werden. Gleichheitstechnisch also nicht fair.

¹⁶ Siehe Vorlesung 3, F. 15 – 21 (confrontare con Vorlesung 3, F. 14).

¹⁷ Siehe Vorlesung 3, F. 23 – 25.

¹⁸ Lange Zeit umstritten, weil viele Not – oder Krisensituation eigentlich vorhersehbar gewesen wären.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wird von der Lehre kritisiert

- Auch in solchen Fällen sei eine gesetzliche Grundlage zu fordern, da die BV keinen Ausnahmetatbestand der öffentlichen Sachherrschaft kenne.
- Für Fälle, in denen mit der Nutzung ernste Gefahren verbunden sei, gebe es die polizeiliche Generalklausel.

V. Rechtfertigungsgründe (Art. 36 Abs. 2 BV)¹⁹

1. Ausgangslage

Art. 36 BV Einschränkung von Grundrechten
² Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein **öffentliches Interesse** oder durch den **Schutz von Grundrechten Dritter** gerechtfertigt sein.

Grundrechtsbeschränkende Massnahmen müssen sich im Einzelfall auch mit **legitimen Motiven** rechtfertigen lassen

- Öffentliche Interessen
- Schutz von Grundrechten Dritter

2. Öffentliches Interesse²⁰

Interessen, die in der Rechtsordnung Anerkennung gefunden haben²¹ und somit als Anliegen der Rechtsgemeinschaft ausgewiesen sind.

- **Poliziegüterschutz:** öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit, öffentliche Gesundheit²², öffentliche Ruhe, öffentliche Sittlichkeit sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr
- **Erfüllung staatlicher Aufgaben:** z.B. Umweltschutz (Art. 74 BV), Raumplanung (Art. 75 BV), sozialpolitische Interessen (Art. 41 BV, Art. 111 ff. BV), auch kulturelle, ökologische sowie soziale Werte.

3. Schutz von Grundrechten Dritter

Grundrechte Dritter stellen erst dann einen legitimen Rechtfertigungsgrund für Grundrechtseinschränkungen dar, wenn die Massnahme dem Schutz konkret gefährdete Grundrechtspositionen dient.

VI. Verhältnismässigkeit

1. Ausgangslage²³

Art. 36 BV Einschränkung von Grundrechten
³ Einschränkungen von Grundrechten müssen **verhältnismässig** sein.

Das vorgebrachte Interesse muss die im konkreten Einzelfall infrage stehende Einschränkung des konkret infrage stehenden Grundrechtsanspruchs rechtfertigen. Klassischer Dreischritt der Verhältnismässigkeitsprüfung:

- **Eignung**
- **Erforderlichkeit**
- **Zumutbarkeit**

¹⁹ Am Ende von diesem Kapitel siehe Vorlesung 3, F. 32.

²⁰ Siehe Vorlesung 3, F. 29 – 30.

²¹ Sie müssen sich herauskristallisiert haben.

²² Bspw. Corona – Einschränkungen wurden gerechtfertigt mit dem öffentlichen Interesse der öffentlichen Gesundheit.

²³ Siehe Vorlesung 3, F. 34 – 36.

2. Eignung ²⁴

Eine behördliche Anordnung muss geeignet sein, **das angestrebte**, die Einschränkung **rechtfertigende Ziel** zu erreichen («Zwacktauglichkeit» oder «Zielkonformität» der Einschränkung)

Ungeeignet ist eine Massnahme, wenn sie im Hinblick auf das angestrebte Ziel keine Wirkungen entfaltet und erst recht dann, wenn sie die Erreichung dieses Ziels erschwert oder gar verunmöglicht.

3. Erforderlichkeit ²⁵

Einschränkungen von Grundrechten haben zu unterbleiben, wenn eine *gleichermassen geeignete, aber mildere Anordnung das Ziel ebenso gut erreicht*. Eine Einschränkung darf nicht über das Notwendige hinaus gehen:

- In sachlicher Hinsicht
- In räumliche Hinsicht
- In zeitlicher Hinsicht
- In personeller Hinsicht

4. Zumutbarkeit ²⁶

Zumutbarkeit lässt sich bejahen, wenn zwischen der konkreten Einschränkungswirkung (Grundrechtsbeeinträchtigung) und dem mit dieser Einschränkung konkret verfolgten Ziel ein vernünftiges Verhältnis besteht.

Spiegelbildlich muss die Zumutbarkeit einer geeigneten und erforderlichen Massnahme verneint werden, wenn die damit verbundene Einschränkung des Grundrechts im Vergleich zur Bedeutung des damit verfolgten Ziels unangemessen schwer wiegt

- ⇒ Die Prüfung der Zumutbarkeit setzt ein sorgfältiges Gewichten und Abwägen zwischen den auf dem Spiel stehenden Interessen voraus: Einerseits geht es um das Interesse des von der Einschränkung konkret betroffenen Privaten an der Integrität seiner Grundrechte, andererseits um die Durchsetzung des für den konkreten Fall ausgewiesenen Reglungziels.

VII. Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV)

Absoluter Schutz des Kerngehalts

Art. 36 BV Einschränkung von Grundrechten

⁴ Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

Gehalt des sachlichen Schutzbereichs eines Grundrechts, der absoluten Schutz vor Verletzung vermittelt und deshalb unter keinen Umständen einschränkt werden darf.

- Beispiele:
 - Kerngehalt des Rechts auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV): Verbot der Todesstrafe und der willkürlichen Tötung
 - Kerngehalt der Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 1 BV): Institutsgarantie, d.h. die Abschaffung oder Aushöhlung des Eigentums als Rechtsinstitut.

²⁴ Siehe Vorlesung 3, F. 38.

²⁵ Siehe Vorlesung 3, F. 40 – 41.

²⁶ Siehe Vorlesung 3, F. 43.

9. BESCHWERDEVERFAHREN VOR BUNDESGERICHT

I. Zuständigkeiten des Bundesgerichts

Art. 189 BV Zuständigkeiten des Bundesgerichts

¹ Das Bundesgericht beurteilt Streitigkeiten wegen Verletzung

- a. von Bundesrecht;
- b. von Völkerrecht;
- c. von interkantonaem Recht;
- d. von kantonalen verfassungsmässigen Rechten;
- e. der Gemeindeautonomie und anderer Garantien der Kantone zu Gunsten von öffentlich-rechtlichen Körperschaften;
- f. von eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die politischen Rechte.

Die Verfassungsgerichtsbarkeit kann verschiedene Rechtsfragen betreffen, die gestützt auf die Verfassung autoritativ zu entscheiden sind: Konflikte zwischen obersten Staatsorganen (z.B. zwischen Regierung und Parlament), Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Gliedstaaten, die Rechtmässigkeit von Volkswahlen und Abstimmungen oder die Verfassungsmässigkeit von Einzelakten. Kernaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit ist jedoch die **Normenkontrolle**, d.h. die Prüfung der Vereinbarkeit von Normen unterhalb der Verfassungsstufe mit der Verfassung. Dabei werden zwei Haupttypen unterschieden: **die abstrakte und die konkrete Normenkontrolle** (vgl. im Einzelnen HALLER/KÖLZ/GÄCHTER, § 37).

Bei der **abstrakten Normenkontrolle** wird ein Gesetz (oder ein anderer Erlass) ohne Zusammenhang mit einem Anwendungsakt, d.h. abstrakt, auf seine Verfassungsmässigkeit geprüft. Ist es verfassungswidrig, so wird es gar nicht in Kraft gesetzt (Fall der präventiven Normenkontrolle, wie sie durch den französischen Conseil constitutionnel erfolgt) oder nachträglich aufgehoben (Normalfall).

Bei der **konkreten Normenkontrolle** wird ein Erlass anlässlich der Anfechtung eines darauf gestützten Einzelakts (Verfügung oder Urteil) auf seine Verfassungsmässigkeit geprüft. Vor dem Entscheid darüber, ob der angefochtene Akt selbst rechtmässig ist (Hauptfrage), wird im Sinne einer Vorfrage (vorfrageweise = akzessorisch) untersucht, ob der Rechtssatz, auf den sich der Anwendungsakt stützt, verfassungsmässig ist. Mit Blick auf das hierfür zuständige Gericht kann zwischen dem diffusen und dem konzentrierten System unterschieden werden:

Kontrolle von Bundesrecht, also von Normen unterhalb der Verfassungsstufe

Einzelheiten des Verfahrens sind im Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG), geregelt!!!

II. Beschwerde in öffentlich – rechtlichen Angelegenheiten (BöRA)

Art. 82 BGG 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 in **öffentlich – rechtlichen Angelegenheiten** als ordentliches Rechtsmittel

- gegen *Entscheide* in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG)
- gegen *Kantonale Erlasse* (Art. 82 lit. b BGG)
- ⇒ **Negativkatalog in Art. 83 BGG gilt nur für Entscheide**
 - Daraus folgt, **gegen alle kantonalen Erlasse**, unabhängig vom Regelungsbereich, **steht immer** die Beschwerde in öffentlich – rechtlichen Angelegenheiten (BöRA) zu Verfügung!
- betreffend *Stimmrechtssachen* (Art. 82 lit. c BGG).

III. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Art. 113 BGG Grundsatz

Das Bundesgericht beurteilt Verfassungsbeschwerden gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen, **soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72-89 zulässig ist.**

Art. 116 BGG Beschwerdegründe

Mit der Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von **verfassungsmässigen Rechten** gerügt werden.

Ist gegen Entscheid einer **letzten kantonalen Instanz keine der drei Einheitsbeschwerden zulässig**, steht gegebenenfalls die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zur Verfügung. Es kann jedoch nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden.

10. BÖRA GEGEN ENTSCHEIDE

I. Sachurteilsvoraussetzungen

1. Anfechtungsobjekt (Art. 82 – 85 BGG)
2. Vorinstanzen (Art. 86 BGG)
3. Beschwerdegründe (Art. 95 – 98 BGG)
4. Beschwerderecht (Art. 89 BGG)
5. Beschwerdefrist (Art. 100 BGG)
6. Form und Inhalt (Art. 42 und Art. 106 Abs. 2 BGG)

II. Voraussetzungen der Beschwerdeverfahren im Überblick

In jedem Einzelfall prüft das Bundesgericht, ob die **Zulässigkeitsvoraussetzungen** erfüllt sind, welche das Bundesgerichtsgesetz umschreibt. Insbesondere ist zu prüfen:

1. ob der staatliche Akt, der angefochten werden soll, überhaupt Gegenstand einer Beschwerde an das Bundesgericht bilden kann (Frage nach dem **Anfechtungs- bzw. Beschwerdeobjekt**);
2. ob der dem Bundesgericht vorgeschaltete Instanzenzug ausgeschöpft wurde (Frage nach **den Vorinstanzen**) bzw. – bei der subsidiären Verfassungsbeschwerde – ob keine Einheitsbeschwerde zulässig ist (Frage der **Subsidiarität**);
3. ob eine Rüge (Rechtsverletzung, unrichtige Feststellung des Sachverhalts) vorgebracht wird, die für die betreffende Beschwerde zulässig ist (Frage nach dem **Beschwerdegrund**);
4. ob der Beschwerdeführer befugt ist, im konkreten Fall mit seinem Anliegen an das Bundesgericht zu gelangen (**Frage nach der Parteilähigkeit, der Prozessfähigkeit, der Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren und der Beschwerdelegitimation**);
5. ob die **Beschwerdefrist** eingehalten wurde und
6. ob die **Beschwerdeschrift** den formalen Anforderungen genügt.

Nur wenn alle diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, tritt das Bundesgericht auf die Beschwerde ein.

1. Anfechtungsobjekt (Art. 82 BGG)

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

⇒ Individuell – konkrete Rechtsanwendungsakte (i.d.R. Rechtsmittelentscheide)

⇒ **Akzessorische Prüfung (vorgängige abstrakte Normenkontrolle):** Es gibt keine abstrakte Normenkontrolle für Bundeserlasse, also Bundesgesetze. Also sie können schon «geprüft» werden, aber nach Art. 190 BV müssen diese trotzdem angewendet werden (Schubert –Praxis). Und auch die konkrete Normenkontrolle ist mit Art. 190 BV wieder eingeschränkt!

Bei der Anfechtung eines Entscheids kann gleichzeitig auch geltend gemacht werden, der **generell-abstrakte** Erlass, auf den sich der angefochtene Anwendungsakt stützt, sei **verfassungswidrig** (Beispiel: BGE 128 I 102 E. 3, Maria Halbeisen). Das Bundesgericht überprüft dann zuerst vorfrageweise die Verfassungsmässigkeit der zugrunde liegenden Normen und versagt ihnen im Fall der Verfassungswidrigkeit die Anwendung, es sei denn, der Erlass – z.B. ein Bundesgesetz – werde vom Anwendungsgebot des Art. 190 BV erfasst (vgl. N. 2086 ff.). Vgl. zur akzessorischen Prüfung N. 1929b und 2070 ff.

- ⇒ Stützt sich in **materieller Hinsicht auf öffentliches Recht**
- ⇒ Bei der Anfechtung eines Entscheids kann gleichzeitig auch geltend gemacht werden, der Erlass, auf den sich der angefochtene Anwendungsakt stützt, sei verfassungswidrig (Dies hier aber im Rahmen von Art. 190 BV) (akzessorische Prüfung, konkrete Normenkontrolle)

Ausnahme

- Ausschluss von Sachgebieten (Art. 83 BGG)
 - Ausnahme sind zur Entlastung des Bundesgerichts

Art. 83 BGG zählt gestützt auf Art. 191 Abs. 3 BV in einem umfangreichen Katalog Sachgebiete auf, in denen die Beschwerde unzulässig ist. Darin wurde ein wirksames Instrument zur Entlastung des Bundesgerichts gesehen: Die Verantwortung, letztinstanzlich die Einhaltung des Bundesrechts sicherzustellen, sollte auf diesen Gebieten beim Bundesverwaltungsgericht oder bei den oberen kantonalen Gerichten liegen (Botschaft zur Reform der Bundesrechtspflege, BBl 2001, 4230). In gewissen Fäl-

- Streitwertgrenzen (Art. 85 BGG)
 - Staatshaftung: unzulässig, wenn < CHF 30000 (Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG)
 - Öffentlich – rechtliches Arbeitsverhältnis: unzulässig, wenn < 15000 (Art. 85 Abs. 1 lit. b BGG)
 - Gegenausnahme: Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 85 Abs. 2 BGG)

2. Vorinstanzen (Art. 86 BGG)

Art. 86 BGG Vorinstanzen im Allgemeinen

¹ Die Beschwerde ist zulässig gegen Entscheide:

- a. des **Bundesverwaltungsgerichts**;
- b. des **Bundesstrafgerichts**;
- c. der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen;
- d. **letzter kantonalen Instanzen, sofern nicht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässig ist**;

² Die **Kantone** setzen als **unmittelbare Vorinstanzen** des Bundesgerichts **obere Gerichte** ein, soweit nicht nach einem anderen Bundesgesetz Entscheide anderer richterlicher Behörden der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen.

³ Für Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter können die Kantone anstelle eines Gerichts eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen.

3. Beschwerdegründe (Art. 95 – 98 BGG)

Art. 95 BGG Schweizerisches Recht

¹ Mit der Beschwerde kann die Verletzung gerügt werden von:

- a. Bundesrecht;
- b. Völkerrecht;
- c. kantonalen verfassungsmässigen Rechten;
- d. kantonalen Bestimmungen über die politische Stimmberechtigung der Bürger und Bürgerinnen und über Volkswahlen und -abstimmungen;
- e. interkantonalem Recht.

Der Einzelne kann die Verletzung von Völkerrecht **nur dann geltend machen**, wenn dieses **direkt anwendbar ist** (self – executing)

- ⇒ Völkerrecht muss also self – executing sein, damit vor Bundesgericht anfechtbar! Also **Grundrechte von UNO – PAKT II sind anwendbar**. Aber ein viele Bestimmungen von UNO –PAKT I sind nicht einklagbar, weil nicht self – executing!

4. Beschwerderecht (Art 89 BGG)

Art. 89 BGG 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.

²⁻³ (...)

1. Partei – und Prozessfähigkeit
2. Formelle Beschwerde (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG)
3. Materielle Beschwerde (Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG)
4. Aktuelles und praktische Interesse

1. Partei und Prozessfähigkeit

Parteifähigkeit

- ⇒ **Fähigkeit, im Verfahren als Partei aufzutreten; dabei wird grundsätzlich auf die Rechtsfähigkeit im Zivilrecht abgestellt.**

- Da alle natürlichen Personen rechtsfähig sind (Art. 11 Abs. 1 ZGB), sie sind auch parteifähig.
- Parteifähig sind ferner aller juristischen Personen des Privatrechts (Art. 53 ZGB) sowie verschiedene privatrechtliche Personenverbindungen ohne eigene Rechtspersönlichkeit (z.B. Kollektiv – und Kommanditgesellschaften)
- Auch juristische Personen des öffentlichen Rechts (z.B. Gemeinden) sind parteifähig.

Prozessfähigkeit

- ⇒ **Fähigkeit, ein Verfahren selbst zu führen oder durch einen gewählten Vertreter führen zu lassen**

- Natürliche Personen
 - Prozessfähig ist grundsätzlich, wer urteilsfähig und volljährig ist (Art. 13 und 17 ZGB)
 - Aus Art. 303 ZGB ergibt sich die Grundrechtsmündigkeit für die Glaubens- und Gewissensfreiheit mit der Vollendung des 16. Altersjahr
 - Urteilsfähige handlungsunfähige Personen können zudem jene Rechte geltend machen, die ihnen um ihrer Persönlichkeit wegen zustehen (vgl. Art. 19c Abs. 1 ZGB, BGE 134 II 235)
 - Im Hinblick auf Art. 11 Abs. 2 BV ist die Prozessfähigkeit urteilsfähiger, aber noch nicht volljähriger Personen grundsätzlich zu bejahen.
 - Bei den juristischen Personen liegt die Prozessführung bei jenem Organ, das die betreffende juristische Person nach aussen vertritt.

2. Formelle Beschwer

Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren und mit Anträgen ganz oder teilweise unterlegen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG)

3. Materielle Beschwer

- **Besonders Berührtsein** (Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG): spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache; stärker betroffen als jedermann (Ausschluss der Popularbeschwerde)
 - Klimabeschwerden sind Popularbeschwerden, diese jungen Leute sind nicht mehr betroffen als jedermann
- **Schutzwürdiges Interesse** (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG): Ausgang des Verfahrens muss die rechtliche oder tatsächliche Situation der beschwerdeführenden Partei beeinflussen können (praktischer Nutzen).

4. Aktuelles und praktisches Interesse ²⁷

Wird bejaht, wenn der erlittene Nachteil im Zeitpunkt der Beurteilung durch das Bundesgericht noch besteht und durch eine Gutheissung der Beschwerde beseitigt würde. Verzicht auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses, wenn:

1. sich die aufgeworfene Frage unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnte;
2. an ihrer Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung eines hinreichenden öffentlichen Interesses besteht und
3. eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre.

4. Beschwerderecht von Verbänden => gehört immernoch zu «4. Beschwerderecht».

3 unterschiedliche Möglichkeiten

1. Beschwerde in eigenem Namen zur Wahrung eigener Interessen: **allgemeines Beschwerderecht:**
Bsp. Eine juristische Person als Verfügungsadressatin oder Dritte ist durch einen Akt besonders betroffen oder wenn eine Aktiengesellschaft durch die Enteignung ihres Grundeigentums oder durch eine Steuerveranlagung betroffen ist, kann sie sich geschützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG dagegen wehren.

Also eine ganz normale BÖRA, einfach keine natürliche Person, sondern eine juristische Person.

2. Beschwerde in eigenem Namen zur Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder: sog. **«egoistische» Verbandsbeschwerde:**

Für Berufsverbände und andere Vereinigungen hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts vorab im Zusammenhang mit der Anfechtung kantonaler Erlasse besondere Grundsätze über die Beschwerdelegitimation zur Wahrung von Mitgliederinteressen entwickelt.

Voraussetzungen der «egoistischen» Verbandsbeschwerde

- 1) Der Verband besitzt **juristische Persönlichkeit** (i.d.R. ein Verein i.S.v. Art. 60 ff. ZGB)
- 2) Der Verband ist **statutarisch zur Wahrung der in Frage stehenden Interessen seiner Mitglieder berufen** => In den Statuten sind also die Interessen die man Wahren möchte beschrieben.
- 3) Mit der Beschwerde werden **die Interessen aller oder zumindest einer grossen Anzahl der Mitglieder verfolgt**
- 4) Jedes Mitglied wären selber zur Beschwerdeführung legitimiert (d.h. sind durch den angefochtenen Akt materiell beschwert und haben ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung – die formelle Beschwer wird i. d. R. durch den Verband selber erfüllt).

²⁷ Aktuelles: Nicht im BGG beschrieben muss aber auch geprüft werden. Siehe Vorlesung 4, F. 19 – 21.

3. Beschwerde in eigenem Namen zur Wahrung ideeller Interessen: sog. **«ideelle» Verbandsbeschwerde**, Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG): Grundlage in Spezialgesetz (z.B. USG, NHG)

Zur Wahrung öffentlicher Interessen, z.B. auf dem Gebiet des Natur- und Heimatschutzes bzw. des Umweltrechts etc. sind bestimmte Verbände zur Beschwerde in öffentlich – rechtlichen Angelegenheiten legitimiert (BöRA).

Dazu braucht es also eine spezialrechtliche Grundlage dafür!

⇒ Die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 89 BGG kommen hier nicht zur Anwendung: Die Organisationen müssen weder ein schutzwürdiges persönliches Interesse nachweisen noch die Wahrung der Interessen ihrer Mitglieder geltend machen.

«Ideelle» Verbandsbeschwerde nach USG (Umweltschutzgesetz)

Art. 55 USG Beschwerdeberechtigte Organisationen

¹ Gegen Verfügungen der kantonalen Behörden oder der Bundesbehörden über die Planung, Errichtung oder Änderung von Anlagen, für die eine Umweltverträglichkeitsprüfung nach Artikel 10a erforderlich ist, steht den **Umweltschutzorganisationen** das Beschwerderecht unter folgenden Voraussetzungen zu: den Gemeinden;

- a. Die Organisation ist **gesamtschweizerisch tätig**
- b. Sie verfolgt **rein ideelle Zwecke**; allfällige wirtschaftliche Tätigkeiten müssen der Erreichung der ideellen Zwecke dienen.

² Das Beschwerderecht steht den Organisationen nur für Rügen in Rechtsbereichen zu, die **seit mindestens zehn Jahren** Gegenstand ihres statutarischen Zwecks bilden.

³ Der Bundesrat bezeichnet die zur Beschwerde berechtigten Organisationen.

⁴ Zuständig für die Beschwerdeerhebung ist das oberste Exekutivorgan der Organisation.

⁵ Die Organisationen können ihre rechtlich selbständigen kantonalen und überkantonalen Unterorganisationen für deren örtliches Tätigkeitsgebiet generell zur Erhebung von Einsprachen und im Einzelfall zur Erhebung von Beschwerden ermächtigen.

«Ideelle» Verbandsbeschwerde nach NGH (Bundesgesetz über der Natur – und Heimatschutz)

Art. 12 NHG Beschwerderecht der Gemeinden und der Organisationen

¹ Gegen Verfügungen der kantonalen Behörden oder der Bundesbehörden steht das Beschwerderecht zu:

- a. den Gemeinden;
- b. den **Organisationen, die sich dem Naturschutz, dem Heimatschutz, der Denkmalpflege oder verwandten Zielen widmen**, unter folgenden Voraussetzungen
 1. Die Organisation ist **gesamtschweizerisch tätig**
 2. Sie verfolgt **rein ideelle Zwecke**; allfällige wirtschaftliche Tätigkeiten müssen der Erreichung der ideellen Zwecke dienen.

² Das Beschwerderecht steht den Organisationen nur für Rügen in Rechtsbereichen zu, die **seit mindestens zehn Jahren** Gegenstand ihres statutarischen Zwecks bilden.

³ Der Bundesrat bezeichnet die zur Beschwerde berechtigten Organisationen.

⁴ Zuständig für die Beschwerdeerhebung ist das oberste Exekutivorgan der Organisation.

⁵ Die Organisationen können ihre rechtlich selbständigen kantonalen und überkantonalen Unterorganisationen für deren örtliches Tätigkeitsgebiet generell zur Erhebung von Einsprachen und im Einzelfall zur Erhebung von Beschwerden ermächtigen.

5. Beschwerdefrist (Art. 100 BGG)

- **Grundsätzlich innert 30 Tagen** nach Eröffnung des vollständig ausgefertigten Entscheids (Art. 100 Abs. 1 BGG)
- **Ausnahmsweise verkürzte Frist von 10, 5 oder 3 Tagen** (Art. 100 Abs. 2 bis 4 BGG)
- Fristberechnung jeweils nach Art. 44 ff. BGG.

6. Form und Inhalt (Art. 42 und Art. 106 Abs. 2 BGG)

- Amtssprache (Art. 42 Abs. 1 BGG)
- Begehren, Begründung, Beweismittel, Unterschrift (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG)
 - In den Beschwerdeverfahren nach Art. 82 ff. BGG gilt eine allgemeine Begründungspflicht; eine Ausnahme vom Rügeprinzip macht das Bundesgericht grundsätzlich bezüglich offensichtlicher Mängel, die es vom Amtes wegen berücksichtigt
 - *Qualifizierte Rügepflicht bei Grundrechten (siehe nachstehend)*
- Schriftliche oder elektronische Einreichung (Art. 42 Abs. 4 BGG)

1. Qualifizierte Rügepflicht

Art. 106 BGG 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.

*«Bei den Grundrechten handelt es sich hauptsächlich um **subjektive Rechte**, so dass es **Sache der jeweils betroffenen Person ist, die Verletzung geltend zu machen oder darauf zu verzichten**. Das **Rügeprinzip** gilt ebenso in Bezug auf kantonales und interkantonales Recht; denn das Bundesgericht ist nicht gehalten, nach Bestimmungen des kantonalen oder interkantonalen Rechts zu suchen, die durch den angefochtenen Hoheitsakt verletzt sein könnten, wenn der Beschwerdeführer sich nicht auf sie beruft.»*

BBL 2001 4344

- Gilt bezüglich der Rüge einer Verletzung von Grundrechten, von kantonalem und interkantonalem Recht, von verfassungsmässigen Rechten überhaupt
- Das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen gilt dann überhaupt nicht (auch nicht bei offensichtlichen Rechtsfehlern)
- Zudem gelten besondere Anforderungen an die Begründungsdichte: Die Rüge muss präzise begründet werden.

10. BÖRA GEGEN KANTONALE ERLASSE

I. Sachurteilsvoraussetzungen

1. **Anfechtungsobjekt** (Art. 82 lit. b BGG)
2. **Vorinstanzen (Art. 87 BGG)**
3. Beschwerdegründe (Art. 95 – 98 BGG)
4. **Beschwerderecht** (Art. 89 BGG)
5. **Beschwerdefrist** (Art. 101 BGG)
6. Form und Inhalt (Art. 42 und Art. 106 Abs. 2 BGG)

1. Anfechtungsobjekt

Kantonale Erlasse (Art. 82 lit. b BGG)

- Generell – abstrakte Erlasse
- Kantonale Gesetze und Verordnungen sowie Rechtsetzungsakte der Gemeinden und interkantonale Rechtsetzungsakte
- Unabhängig vom betroffenen Rechtsgebiet

Änderungen von Kantonsverfassungen können gemäss Bundesgericht nicht angefochten werden, da die Bundesversammlung für deren Gewährleistung zuständig ist (Art. 172 Abs. 2 BV).

2. Vorinstanzen (Art. 87 BGG)

Art. 87 BGG Vorinstanzen bei Beschwerden gegen Erlasse
¹ Gegen kantonale Erlasse ist **unmittelbar** die Beschwerde zulässig, **sofern kein kantonales Rechtsmittel** ergriffen werden kann.
² Soweit das kantonale Recht ein Rechtsmittel gegen Erlasse vorsieht, findet Artikel 86 Anwendung.

Sieht der Kanton ein Rechtsmittel gegen Erlasse vor, bildet der letztinstanzliche kantonale Entscheid das formelle Anfechtungsobjekt. Es kann dabei nicht nur die Aufhebung des kantonalen Entscheids, sondern auch des strittigen Erlasses beantragt werden. Weil materiell nach wie vor die Rechtmässigkeit der umstrittenen Rechtsnorm zur Diskussion steht, handelt es sich auch vor Bundesgericht um ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 82 lit. b BGG (vgl. BGE 137 I 107).

3. Beschwerderecht (Art. 89 BGG)

Partei – und Prozessfähigkeit

- **Formelle Beschwer** (Art. 89 Abs. 1 lit. a BGG)
 - Entfällt, wenn es keine kantonale Rechtsmittelinstanz gibt
- **Materielle Beschwer**
- Es genügt ein *virtuelles Berührtsein* (Art. 89 Abs. 1 lit. b BGG): Virtuell berührt ist, wer vom Erlass in Zukunft mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit betroffen sein könnte.
- Schutzwürdiges Interesse (Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG)
- Aktuelles und praktisches Interesse (in dem Sinne, dass der betreffende Erlass noch in Kraft ist).

4. Beschwerdefrist (Art. 101 BGG)

Innert 30 Tagen nach der dem kantonalen Recht massgebenden Veröffentlichung des Erlasses (Art. 101 BGG). Unterliegt ein Erlass dem fakultativen Referendum, beginnt die Frist zur Anfechtung mit der Veröffentlichung des

Erwahrungsbeschlusses, d.h. mit der Feststellung, dass entweder die Referendumsfrist unbenützt abgelaufen ist oder der Erlass in der Volksabstimmung angenommen worden ist. Sofern im Kanton ein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle offensteht, beginnt die Frist mit der Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Normenkontrollentscheids (Art. 100 Abs. 1 BGG).

11. SUBSIDIÄRE VERFASSUNGSBESCHWERDE

I. Sachurteilsvoraussetzungen

1. Anfechtungsobjekt (Art. 113 Halbsatz 1 BGG)
2. Subsidiarität (Art. 113 Halbsatz 2 BGG)
3. Vorinstanzen (Art. 114 BGG)
4. Beschwerdegründe (Art. 116 BGG)
5. Beschwerderecht (Art. 115 BGG)
6. Beschwerdefrist (Art. 100 i.V.m. Art. 117 BGG)
7. Form und Inhalt (Art. 42 und Art. 106 Abs. 2 i.V.m. Art. 117 BGG)

⇒ Voraussetzungen sind viel enger ausgelegt, also viel strenger

1. Anfechtungsobjekt

Art. 113 BGG Grundsatz
Das Bundesgericht beurteilt Verfassungsbeschwerden gegen **Entscheide letzter kantonalen Instanzen**, soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72-89 zulässig ist.

- Einzig gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen
 - ⇒ **Also NUR GEGEN KANTONALE ENTSCHEIDE!!!**
 - Also Entscheide eines eidgenössischen Gerichts, des Bundesrates oder der Bundesverwaltung können also in keinem Fall Anfechtungsobjekt der subsidiären Verfassungsbeschwerde sein.
- Die abstrakte Normenkontrolle ist nicht möglich, die konkrete Normenkontrolle hingegen schon.

2. Subsidiarität

Art. 113 BGG Grundsatz
Das Bundesgericht beurteilt Verfassungsbeschwerden gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen, **soweit keine Beschwerde nach den Artikeln 72-89 zulässig ist.**

Nur subsidiär, falls keine Beschwerde gemäss Art. 72 – 89 BGG zulässig ist. Voraussetzung ist gegeben, wenn ein Entscheid von Ausnahmekatalog des Art. 83 BGG erfasst wird oder den notwendigen Streitwert nicht erreicht wird. Erweist sich eine ordentliche Beschwerde aus einem anderen Grund als unzulässig, so steht auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht offen.

3. Vorinstanzen

Art. 114 BGG Vorinstanzen
Die Vorschriften des dritten Kapitels über die kantonalen Vorinstanzen (Art. 75 bzw. 86) gelten sinngemäss.

4. Beschwerdegründe

Art. 116 BGG Beschwerdegründe
Mit der Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von **verfassungsmässigen Rechten** gerügt werden.

Es kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden. Grundrechte der BV und der Kantonsverfassungen sowie die justiziablen Garantien internationaler Menschenrechtsverträge. Bestimmte Grundsätze der Staatsorganisation oder der Staatsverwaltung, die in erster Linie rechtsstaatlichen und föderalistischen Zielen dienen, aufgrund ihrer Bedeutung für den Einzelnen vom Bundesgericht aber in den Rang von Individualrechten erhoben wurden.

Beispiele: Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV), Grundsatz der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung, sowie der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Art. 127 Abs. 2 BV), Grundsatz der Gewaltenteilung (vgl. Art. 51 Abs. 1 BV).

5. Beschwerderecht (Art. 115 BGG)

Art. 115 BGG Beschwerderecht

Zur Verfassungsbeschwerde ist berechtigt, wer:

- a. vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat; und
- b. ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat.

- Partei – und Prozessfähigkeit
- Formelle Beschwer (Art. 115 lit. a BGG)
- **Rechtlich geschütztes Interesse** (Art. 115 lit. b BGG), ein bloss faktisches Interesse genügt nicht.
 - Das rechtlich geschützte Interesse kann durch ein verfassungsmässiges Recht, kantonales oder eidgenössisches Gesetzesrecht oder Verfahrensgarantien gegeben sein.
 - Bei der Anrufung verfassungsmässiger Recht ergibt sich die Legitimation in der Regel bereits daraus, dass der Beschwerdeführer Träger des angerufenen verfassungsmässigen Rechts ist und dass die behauptete Rechtsverletzung in dessen Schutzbereich liegt.
 - Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vermitteln jedoch das Willkürverbot (Art. 9 BV) und das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) bei der Anwendungskontrolle für sich genommen kein rechtlich geschütztes Interesse
 - Für die Legitimation ist vielmehr erforderlich, dass Rechtsnormen rechtsungleich oder willkürlich angewendet werden, *die einen Anspruch des Betroffenen begründen oder zumindest auch seinem Schutz dienen.*
- Aktuelles und praktisches Interesse

6. Beschwerdefrist (Art. 100 i.V.m. Art. 117 BGG und Form und Inhalt (Art. 42 und Art. 106 i.V.m. Art. 117 BGG))

Art. 117 BGG Beschwerdeverfahren

Für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde gelten die Artikel 90-94, 99, 100, 102, 103 Absätze 1 und 3, 104, 106 Absatz 2 sowie 107-112 sinngemäss.

Verweis auf die Bestimmungen der Beschwerde in öffentlich – rechtlichen Angelegenheiten. ²⁸

²⁸ Siehe Vorlesung 4, F. 43 – 45.

Teil 2: Person und Persönlichkeit

1. MENSCHENWÜRDE (Art. 7 BV)

I. Verankerung

Art. 7 BV	Menschenwürde
Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen .	

Art. 3 EMRK	Verbot der Folter
Niemand darf der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.	

Die Menschenwürde wird in **Art. 7 BV** für den Bund erstmals als Grundrecht verankert. Die EMRK und die **UNO – Pakte** garantieren die Menschenwürde nicht ausdrücklich; insb. **Art. 3 EMRK** ist aber offenkundig am Schutz der Menschenwürde ausgerichtet.

- War zu Beginn umstritten ob es überhaupt ein Grundrecht darstellt. Wurde aber nach dem 2. WK eingeführt, gerade *nach dem Dritten Reich* wollte man die Unantastbarkeit des Menschen festhalten.

II. Funktion

Die Menschenwürde entfaltet ihre Bedeutung auf verschiedene Ebenen. Das Bundesgericht umschreibt die Bedeutung der Garantie wie folgt:

«Nach der Rechtsprechung hat diese Bestimmung allgemein die Bedeutung eines **Leitgrundsatzes** für jegliche Staatstätigkeit, bildet als innerster Kern zugleich die **Grundlage der Freiheitsrechte**, dient deren **Auslegung und Konkretisierung** und ist **Auffanggrundrecht**. Für besonders gelagerte Konstellationen kann der Menschenwürde ein eigenständiger Gehalt zukommen. Der offene Normgehalt kann nicht abschliessend positiv festgelegt werden.»²⁹

BGE 143 IV 77 E. 4.1 S. 82

Auf der objektiv – rechtlichen Ebene ist die Menschenwürde *oberstes Konstitutionsprinzip des Staates*. Vor diesem Hintergrund bildet die Menschenwürde den *Ausgangspunkt* und die *Leitlinie für die Gesetzgebung sowie die Auslegung und Konkretisierung anderer Grundrechte*. Auf der subjektiv – rechtlichen Ebene stellt die Menschenwürde ein *selbstständiges und justiziables Grundrecht*, insb. *Auffangfunktion* dar.

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Die Menschenwürde ist ein Menschenrecht (natürliche Personen), das jedem Menschen voraussetzungslos zusteht. Da die Garantie an das Menschsein anknüpft, werden juristische Personen vom Schutzbereich nicht erfasst.

2. Schutzobjekt

In diesem Sinn schützt die Menschenwürde die *Subjektqualität* des Menschen. Sie ist zuerst als Ausdruck der *prinzipiellen Gleichwertigkeit aller Menschen* ungeachtet ihrer Individualität zu verstehen. Gleichzeitig ist die Menschenwürde ein Prinzip *grundsätzlicher Individualität*. Sie schützt den Einzelnen vor Massnahmen, welche auf die

²⁹ "Secondo la giurisprudenza, questa disposizione ha generalmente il significato di un principio guida per tutta l'attività dello Stato; come nucleo più interno, essa costituisce anche la base dei diritti di libertà, serve a interpretarli e a concretizzarli ed è un diritto fondamentale di portata generale. La dignità umana può avere un contenuto indipendente per costellazioni speciali. Il contenuto normativo aperto non può essere determinato in modo definitivo e positivo".

Zerstörung der menschlichen Identität und der körperlichen und geistig – seelischen Integrität gerichtet sind (z.B. Folter oder Gehirnwäsche).³⁰

Keine abschliessende inhaltliche Festlegung, da die Verfassung für alle Ausprägungen von Individualität und alle Lebensentwürfe offen sein muss. In einem späteren Urteil hat das Bundesgericht ausgeführt, weshalb sich die Menschenwürde einer Definition entzieht, vgl. BGE 143 IV 77, E. 4.1, S. 82:

«Der Verfassungsgeber hat [...] auf eine Definition der Menschenwürde verzichtet, weil eine verfassungsrechtliche Bestimmung dessen, was die Würde und den Wert eines Menschen ausmacht, grundsätzlich problematisch wäre. **Wird mit einer Festlegung der Menschenwürde ein bestimmtes Menschenbild für achtens- und schützenswert erklärt, so besteht die Gefahr, dass dadurch Menschen in ihrer Würde beeinträchtigt werden, die den Wert des Menschseins anders verstehen.** Man kann dies als **Paradox der Menschenwürdegarantie** bezeichnen. Je klarer ihre Konturen sind und je besser demnach Achtung und Schutz gelingen, desto grösser ist das Risiko der Ein- und Ausgrenzung von Menschen. [...] **Was den Inhalt der Menschenwürde ausmacht, muss in einer liberalen Gesellschaft letztlich offenbleiben.**»³¹

3. Geschützte Ansprüche

Art. 7 BV vermittelt dem Einzelnen einen *justiziablen Anspruch* auf Achtung und Schutz seiner Würde.

In der Regel verwirklicht sich der justiziable Gehalt der Menschenwürde über die *besonderen Grundrechte*, insb. deren Kerngehalt.

- Verbot grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Bestrafung (Art. 10 Abs. 3 BV)
- Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 und 3 BV)
- Willkürverbot (Art. 9 BV)
- Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV)
- Verfahrensrechtlicher Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV)

Über diese Konkretisierung hinaus besitzt die Menschenwürde als *Auffanggrundrecht* eigenständige subjektiv – rechtliche Gehalte, die das Bundesgericht fallweise entwickelt und konkretisiert. Zur Menschenwürde gehört zunächst der:

- Anspruch auf rechtliche Identität
- Recht auf schickliche Bestattung
- Verbot des Schuldverhafts

IV. Einschränkungen und Kerngehalt

Der subjektiv – rechtliche Gehalt der Menschenwürde stellt in sich einen Kerngehalt dar, die Garantie erduldet deshalb **keine Einschränkungen** und jede Einschränkung bedeutet zugleich eine Verletzung von Art. 7 BV.³²

³⁰ Siehe Vorlesung 5, F. 7 – 9.

³¹ Dazu: "La legislatura della costituzione ha [...] si astiene dal definire la dignità umana perché una determinazione costituzionale di ciò che costituisce la dignità e il valore di un essere umano sarebbe fundamentalmente problematica. Se, definendo la dignità umana, una certa immagine dell'uomo viene dichiarata degna di rispetto e protezione, c'è il rischio che la dignità delle persone che comprendono il valore di essere umani in modo diverso venga compromessa. Questo può essere descritto come il paradosso della garanzia della dignità umana. Più chiari sono i loro contorni e migliore è il rispetto e la protezione, maggiore è il rischio di inclusione ed esclusione delle persone. [...] Ciò che costituisce il contenuto della dignità umana deve in definitiva rimanere aperto in una società liberale" sowie Vorlesung 5, F. 11 – 12.

³² Siehe Vorlesung 5, F. 15

2. RECHT AUF LEBEN (Art. 10 Abs. 1 BV)

I. Verankerung

Das Recht auf Leben schützt die physische Existenz des Menschen. Die Verfassung garantiert **jedem Menschen das Recht auf Leben** (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV); **die Todesstrafe ist verboten** (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV).

Art. 3 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte aus dem Jahr 1948 statuiert gleich wie die regionalen und internationalen Menschenrechtsverträge das Rechte auf Leben (**vgl. Art. 2 EMRK und Art. 6 UNO – Pakt II**).

II. Funktion

Die Bundesverfassung stellt das physische Leben in Art. 10 Abs. 1 BV unter Schutz und garantiert somit die physische Grundlage menschlichen Seins. Das Leben bildet die unabdingbare tatsächliche Voraussetzung jedes Grundrechtsschutzes, sodass das Recht auf Leben mitunter auch als **«primäre Grundrecht»** bezeichnet wird, das den anderen Garantien logisch vorgeordnet ist.

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Das Recht auf Leben ist ein Menschenrecht, es steht *jeder natürlichen Person* uneingeschränkt und voraussetzungslos zu. Juristische Personen nicht Träger des Rechts auf Leben.

2. Schutzobjekt

Schutzobjekt ist der **«Zustand des Lebendigseins»**, mithin die **Gesamtheit der körperlichen und geistigen Funktionen**, die für den Menschen von **lebensnotwendiger Bedeutung** sind und ihn als Lebewesen kennzeichnen.

3. Geschützte Ansprüche³³

Übersichtsweise lassen sich die justiziablen Grundrechtsansprüche und die damit einhergehenden Pflichten des Staates wie folgt darstellen:

- **Abwehrrecht:** Verbot der Todesstrafe; Verbot der Auslieferung zur Todesstrafe; Verbot der Zwangsanwendung mit willkürlicher Todesfolge;
- **Schutzanspruch:** Schutzpflicht des Staates bei Lebensgefährdung durch private Dritte oder bei objektiven Gefahren;
- **Untersuchungspflichten:** Pflicht zur effizienten Aufklärung der Todesumstände;
- **Bestrafungspflichten:** Pflicht zur Strafverfolgung und Bestrafung.

4. Kerngehalt

In der Schweiz stellt das **Verbot der Todesstrafe** (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV => *daraus folgt auch das Verbot der Mittelbaren Todesstrafe*. Das bedeutet wir dürfen Menschen nicht in einen Staat ausliefern, wenn er dort getötet werden würde. *Non – refolement Verbot*) einen gesicherten Kerngehalt von Art. 10 Abs. 1 BV dar. Anders das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV). Wohl hat das Bundesgericht in einem Entscheid aus dem Jahr 1972 die Unversehrtheit der physischen Existenz als die elementarste Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen bezeichnet und sie deshalb zum absolut geschützten Wesenskern der persönlichen Freiheit gezählt (BGE 98 Ia 508, E. 4a, S. 514).

³³ Lesen KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 135 – 141.

«Das verfassungsmässige Recht auf Leben zeichnet sich jedoch gegenüber dem übrigen, durch das Grundrecht der individuellen Freiheit gewährleisteten Persönlichkeitsschutz dadurch aus, dass **jeder absichtliche Eingriff zugleich eine Verletzung seines absolut geschützten Wesenskerns** darstellt und deshalb gegen die Verfassung verstösst. **Das Recht auf Leben erträgt somit keinerlei Beschränkungen; auf gesetzlicher Grundlage beruhende und im öffentlichen Interesse liegende Eingriffe sind verfassungsrechtlich undenkbar.**»³⁴

Diese Aussage ist indessen zu differenzieren. Nicht jede Tötung bedeutet automatisch und in jedem Fall auch eine Kerngehaltsverletzung. Dies zeigt sich am Beispiel der staatlichen Gewaltanwendung mit Todesfolge (z.B. während einer Polizeiaktion gegen einen Geiselnnehmer), die unter gewissen Voraussetzungen verfassungsrechtlich zulässig sein kann (BGE 136 I 87, E. 4.2, S. 96 f.).

«Tötungen berühren das Recht auf Leben gemäss Art. 10 Abs. 1 Satz 1 BV. Dieses richtet sich als **Abwehrrecht** gegen den Staat und verpflichtet diesen darüber hinaus zum **Schutz des Lebens** seiner Bürger vor Angriffen (...). Weder der Anspruch auf körperliche Unversehrtheit noch der als Abwehrrecht verstandene Anspruch auf Leben sind – vorbehaltlich des Verbotes der Todesstrafe nach Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BV – absolut (...). **Unter restriktiven Voraussetzungen kann daher der polizeiliche Einsatz von Schusswaffen verfassungsrechtlich haltbar sein.**»³⁵

Für die Kerngehaltsdiskussion sachgerecht erscheint hier das Konzept des internationalen Menschenrechtsschutzes. Absolut verboten ist einzig die *willkürliche Tötung* (vgl. insb. Art. 6 Ziff. 1 Satz 2 UNO – Pakt II), d.h. die Tötung infolge einer Zwangsanwendung, die nicht absolut erforderlich war, um ein legitimes Ziel zu erreichen.

³⁴ «Tuttavia, il diritto costituzionale alla vita si distingue dal resto della protezione della personalità garantita dal diritto fondamentale della libertà individuale in quanto qualsiasi invasione intenzionale allo stesso tempo costituisce una violazione della sua essenza assolutamente protetta e quindi viola la costituzione. Il diritto alla vita, quindi, non comporta alcuna restrizione; Le violazioni basate su una base giuridica e nell'interesse pubblico sono costituzionalmente impensabili»

³⁵ Dazu "Le uccisioni incidono sul diritto alla vita ai sensi dell'articolo 10 capoverso 1 frase 1 della Costituzione federale. Questo è diretto come un diritto difensivo contro lo stato e lo obbliga anche a proteggere la vita dei suoi cittadini dagli attacchi (...). Né il diritto all'integrità fisica né il diritto alla vita, inteso come diritto alla difesa, sono assoluti (...), fatto salvo il divieto della pena di morte ai sensi dell'articolo 10 capoverso 1 frase 2 della Costituzione federale. In condizioni restrittive, l'uso delle armi da fuoco da parte della polizia può quindi essere costituzionalmente sostenibile" sowie Vorlesung 5, F. 21 – 23, 28.

3. PERSÖNLICHE FREIHEIT (Art. 10 Abs. 2 BV)

I. Verankerung

Art. 10 Abs. 2 BV garantiert jedem Menschen «das Recht auf persönliche Freiheit, insb. auf **körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit**». Im Ergebnis ähnliche Ansprüche vermittelt die EMRK. Diese sind indessen in verschiedenen Bestimmungen enthalten, so z.B. in **Art. 5 EMRK** (Recht auf Freiheit und Sicherheit). Aspekte der persönlichen Freiheit garantiert auch der UNO – Pakt II, so verankert **Art. 9 UNO – Pakt II** das Recht und Persönliche Freiheit und Sicherheit.

II. Funktion

Die Bundesverfassung garantiert die persönliche Freiheit in der gleichen Verfassungsbestimmung wie das Recht auf Leben. Geschützt werden die Integrität des menschlichen Körpers und der Psyche und damit zentrale Elemente menschlicher Existenz. Als bedeutsame Äusserung menschlicher Freiheitsbetätigung geschützt ist auch die Freiheit der Bewegung.

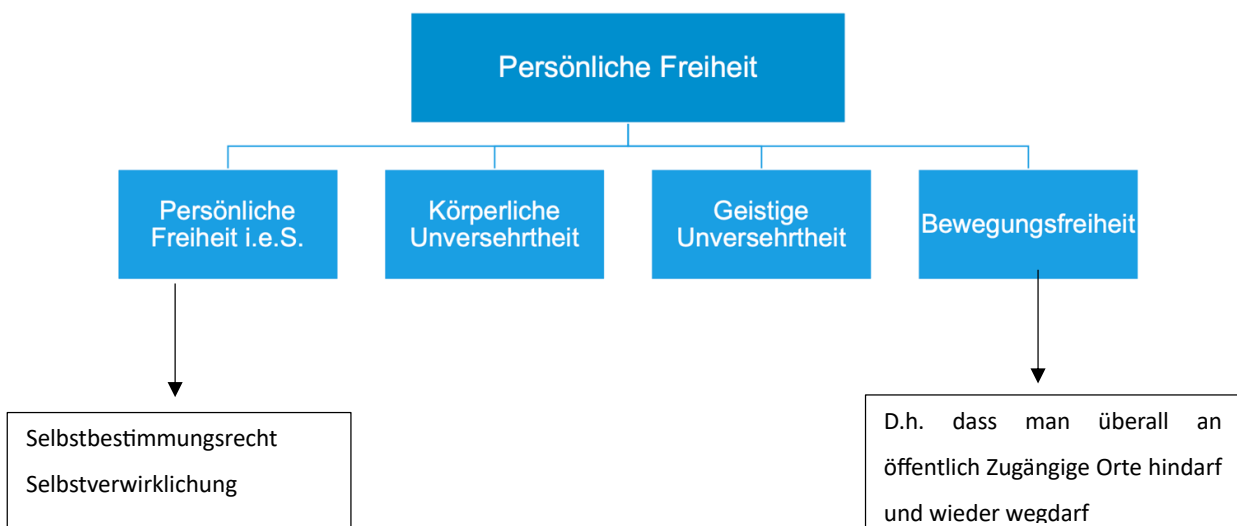
III. Schutzbereich

1. Persönliche Schutzbereich

Vom Schutzbereich der persönlichen Freiheit werden **aller natürlichen Personen** unbesehen ihrer Staatsangehörigkeit erfasst, nicht aber **juristische Personen**.

2. Schutzobjekt und geschützter Anspruch

Die Persönliche Freiheit ist ein typisches Freiheitsrecht. Sie schützt die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung bzw. die grundlegenden Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung bzw. die grundlegenden Aspekte menschlicher Existenz.³⁶



³⁶ Siehe Vorlesung 5, F. 33.

3. Persönliche Freiheit im engeren Sinn

a. Schutzbereich

Im allgemeiner Weise schützt die persönliche Freiheit jene Bereiche menschlicher Betätigung, die für ein *selbstbestimmtes Leben in Würde und Freiheit* unerlässlich sind. Zu den elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung zählt insb. das *Selbstbestimmungsrecht* des Einzelnen im Sinn eines Rechts, über die wesentlichen Aspekte des eigenen Lebens selber zu entscheiden.

- *Kasuistik: Vom Schutzbereich erfasste Bereiche*
 - Selbstbestimmte sexuelle Entfaltung (BGE 126 II 425)
 - Kenntnis über die eigene Abstammung (BGE 134 III 241 => Hier ist eine Konkurrenz zum Recht auf Leben vorhanden. Wenn es keine Babyfenster gäbe, würden allenfalls Kinder irgendwo sonst ausgesetzt werden und würden allenfalls nicht rechtzeitig gesehen werden. Das Recht auf Leben wird vom Staat höher gewertet als die Persönliche Freiheit mit Bezug auf die Babyfensterthematik.
 - Recht, über die Art und den Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu bestimmen (BGE 142 I 195)
 - Recht, zu Lebzeiten über das Schicksal des eigenen Leichnams zu verfügen und die Modalitäten der Bestattung festzulegen (BGE 129 I 173).

Die persönliche Freiheit schützt nur die elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung und ist deshalb *nicht* mit einer *allgemeinen Handlungsfreiheit* gleichzusetzen.

- *Kasuistik: Vom Schutzbereich nicht erfasste Bereiche*
 - Bewilligungspflicht für den Handel mit halbautomatischen Gewehren (BGE 114 Ia 286)
 - Benutzung von Geldspielautomaten in Gaststätten (BGE 101 Ia 336)
 - Zwang, im Rahmen des schulischen Schwimmens in relativ kaltem Wasser zu schwimmen (BGE 119 Ia 178)
 - Spazieren mit mehr als fünf Hunden gleichzeitig (BGer 2C_856/2013)

b. Einschränkungen

Einschränkungen des allgemeinen Freiheitsanspruchs können nach Massgabe von Art. 36 BV verfassungsmässig sein. Je nach spezifisch geschützter Lebensphäre erweisen sich dabei unterschiedliche Eingriffsinteressen als legitim.

Beispiel:

- Vermutung der Zustimmung bei der Organtransplantation eines Verstorbenen liegt im öffentlichen Interesse, weil dadurch Menschenleben gerettet bzw. Leiden der Empfänger vermindert werden.
- Die Bestattung eines Toten an seinem – zu Lebzeiten geäusserten – gewünschten Ort ist höher zu werten, als die Interessen seiner Angehörigen.
- Das generelle Verbot der künstlichen Befruchtung mit Samenzellen eines Dritten liegt nicht im öffentlichen Interesse. Auch die Beschränkung dieses Eingriffs lediglich in Krankenhäusern ist unverhältnismässig.
 - ⇒ Wenn sich zwei Grundrechtsposition gegenüberstehen (z.B. Grundrecht des Verstorbenen und Grundrechte der Angehörigen), dann hat der Staat im Rahmen einer Interessenabwägung einen möglichst schonenden Ausgleich zu suchen.

4. Körperliche Unversehrtheit

a. Schutzbereich

Die Garantie der körperlichen Unversehrtheit schützt den Menschen als physisches Wesen und vermittelt das Recht, *frei über die Integrität des eigenen Körpers zu verfügen*. Unerheblich ist deshalb, ob ein Eingriff schmerzhaft oder gar nicht wahrnehmbar, gesundheitsgefährdend oder heilend, medizinisch indiziert oder bloss kosmetisch, schwerwiegend oder vergleichsweise harmlos ist, sichtbare Folgen bewirkt oder unsichtbar bleibt und ob er willentlich oder ungewollt erfolgt.

- ⇒ Beispiele: Bartrasur zwecks Gegenüberstellung (BGE 112 Ia 161), Entnahme eines Wangenschleimhautabstrichs zwecks Erstellung eines DNA - Profils (BGE 128 II 259), Fluoridisierung des Trinkwassers zwecks Kariesbekämpfung (ZBI 92/1991, S. 25 ff.)
- ⇒ Schmerz, Schädigung bzw. kurz – und längerfristige Folgen können sich auf die Qualifizierung als schwerer Eingriff auswirken.

Eingriffe, die den Körper unversehrt lassen, fallen nicht unter diesen Teilgehalt von Art. 10 Abs. 2 BV, z.B. die Abgabe einer Urinprobe (ZBI 1984, 45 f.)

b. Einschränkungen

Einschränkungen müssen auf einer hinreichenden **gesetzlichen Grundlage** beruhen. Die Anforderungen an die Normstufe und Normdichte hängen wesentlich von der Eingriffsintensität ab. Das BGer bejaht die Zulässigkeit in den folgenden Fällen:

- Eingriffe, die der Verbesserung und dem Schutz der Gesundheit der Allgemeinheit dienen;
- Eingriffe zur Aufklärung von Straftaten bzw. für die Verhinderung zukünftiger Straftaten;
- Die zwangsweise Blutentnahme eines Kindes zur Erstellung eines serologischerbiologischen Gutachtens zur Klärung der Vaterschaft.

5. Geistige Unversehrtheit

a. Schutzbereich

Der Anspruch auf geistige Unversehrtheit garantiert die **Integrität des Bewusstseins** im Sinne der **unbeeinflussten Wahrnehmungs – und Entscheidungsfähigkeit** eines Menschen und damit die Freiheit, eine bestimmte Situation nach eigener Einschätzung zu beurteilen und aufgrund dieser Einschätzung zu handeln. Dem Staat ist die Manipulation des Bewusstseins und der Willensbildung (z.B. Einschränkung durch zwangsweise Verabreichung von Psychopharmaka, Alkohol oder Drogen) verboten.

Das Recht auf geistige Unversehrtheit ist nicht gleichzusetzen mit einem Recht auf freie Willensbetätigung. Vorgänge, mit denen der Staat dem freien Willen des Einzelnen zwangsweise durchsetzbare Verbote oder Verpflichtungen entgegenstellt, bewirken keine Einschränkung der psychischen Integrität.

- ⇒ *Beispiel*: Untersuchungsgefangene, die lieber malen möchte, als die ihr zugewiesenen Klebearbeiten auszuführen (BGE 97 I 45)

b. Einschränkungen

Schwere Einschränkungen (z.B. Psychopharmaka) verlangen eine klare gesetzliche Grundlage. Die zwangsweise Medikation kann je nach Umständen neben dem öffentlichen Interesse auch durch den Schutz von Grundrechten Dritten

oder dem Schutz der betroffenen Person selber gerechtfertigt werden. Zu berücksichtigen bei der Prüfung der Zulässigkeit sind:

- Notwendigkeit: Die Notwendigkeit wird vom BGer bejaht, wenn die zwangsweise Medikation zur Krisenintervention dient und nicht Teil einer längerfristigen Heilbehandlung ist;
- Schwere der Nebenwirkungen;
- Möglichkeit eines Einsatzes eines anderen - allenfalls nicht so wirksamen aber besser verträglicheren - Medikamentes
- Konkrete Auswirkungen des Absetzens der Medikamente auf Gesundheit und Gefährlichkeit
- Verhältnismässigkeit, d.h. ob Isolierung, Fixierung, operative Eingriffe oder der Verzicht auf die Medis besser geeignete Massnahmen zur Erreichung des Öff. Interesses bzw. zum Schutz von Grundrechten Dritter oder der betroffenen Person darstellen.

6. Bewegungsfreiheit

a. Schutzbereich

In allgemeiner Weise schützt die Bewegungsfreiheit vor staatlichen Massnahmen, welche auf einzelne Personen oder Personengruppen zielen und diese gegen oder ohne ihren Willen daran hindern, einen ansonsten rechtlich und faktisch zugänglichen Ort aufzusuchen oder zu verlassen.

⇒ *Nicht*: Nutzungsmodalitäten einer öffentlichen Sache, z.B. Fahr – oder Reitverbote.

Wichtig ist die Unterscheidung zwischen **Freiheitsbeschränkung** und **Freiheitsentzug**, da gemäss Art. 31 BV bei einem Freiheitsentzug besondere Verfahrensgarantien gelten.

- **Freiheitsbeschränkung**: Liegt bereits vor, wenn die Bewegungsfreiheit des Einzelnen (Bsp. Polizei hält jemanden auf) **nur kurzfristig und in eine bestimmte Richtung hinaufgehoben wird** (z.B. Wegweisung oder Fernhaltungsmassnahmen, wie z.B. Hooligan – Konkordat).

⇒ i.d.R. leichter Eingriff ins Grundrecht

- **Freiheitsentzug (Art. 31 BV)**: Liegt vor, wenn die Bewegungsfreiheit des Einzelnen für eine **gewisse Zeitdauer und nach jeder Richtung hinaufgehoben wird** (z.B. Untersuchungshaft, Strafhaft, Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt).

⇒ i.d.R. schwerer Eingriff ins Grundrecht

⇒ Massgebende Kriterien: Art, Wirkung und Modalitäten der Massnahme sowie der spezifische Kontext, in dem gehandelt wird.

b. Staatliche Schutzpflichten

Die Rechtsprechung hat dem Recht auf persönliche Freiheit zumindest punktuell auch *justiziable* Schutzpflichten gegen entsprechende Beeinträchtigungen durch Private entnommen. Insb. sind die Polizeiorgane verpflichtet, den Einzelnen gegen eine bekannte, ernsthaft drohende Gefahr für die körperliche, geistige und sexuelle Integrität zu schützen, und die Strafverfolgungsbehörden müssen entsprechende Delikte ahnden.

Im Übrigen erfolgt der Schutz vor Beeinträchtigungen der Persönlichkeitsrechte durch andere Privatpersonen in erster Linie durch das Gesetz. Dabei erfordert die Pflicht des Staates zum Schutz der Integrität des Einzelnen insb. die

Einrichtung und wirksame Anwendung eines Strafrechtssystems, dass Tötungen und alle Formen von Vergewaltigung und sexuellem Missbraucht bestraft.

7. Kerngehalt

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

In Rechtsprechung und Lehre werden bestimmte Massnahmen als Kerngehaltsverletzungen qualifiziert, welche sich in ihrer überwiegenden Mehrzahl zugleich unter die Gehalte von Art. 10 Abs. 3 BV fassen lassen. Das Bundesgericht qualifiziert zum Beispiel die Verwendung von *Lügendektoren*, *Narkoanalysen*, *Wahrheitsseren* etc. als Methoden der Wahrheitsfindung im Prozess als kerngehaltsrelevant, ebenso Massnahmen, welche die die *Vernichtung der Persönlichkeit* (insb. eines Inhaftierten) mit sich bringen oder die geeignet sind, schwere psychische Störungen hervorzurufen, wie beispielsweise die strenge Isolationshaft in Kleinstzellen. Auch der Zwang zur *Vornahme oder Erduldung einer sexuellen Handlung*, die *Abtreibung* gegen den Willen der (entsprechend urteilsfähigen) Schwangeren oder die gegen der freien Willen der (urteilsfähigen) Betroffenen vorgenommene *Zwangssterilisation* und *Zwangskastration* verletzen den Kerngehalt der persönlichen Freiheit (und daneben auch jenen des Rechts auf Privatleben, Art. 13 Abs. 1 BV). Absolut verboten ist der *Missbrauch des Menschen zu Forschungszwecken*, oder in *Organentnahme* am lebenden Menschen, die ohne informierte Zustimmung erfolgen oder zu einer erheblichen Schädigung der Gesundheit oder zum Tod führen.³⁷

³⁷ Siehe Vorlesung 5, F. 42 – 45.

4. VERBOT DER FOLTER UND DER GRAUSAMEN, UNMENSCHLICHEN UND ERNIEDRIGENDEN BEHANDLUNG ODER BESTRAFUNG (Art. 10 Abs. 3 BV)

II. Verankerung

Die Verfassungen von 1848 und 1874 enthielten kein Verbot der Folter und der grausamen, unmenschlichen und entwürdigenden Behandlung oder Bestrafung. Unter dem Einfluss der EMRK wurde das Verbot solcher Praktiken als eigenständiger Grundrechtsgehalt umschreiben und in **Art. 10 Abs. 3 BV** ausdrücklich verankert. Inhaltlich deckungsgleiche Verbote finden sich in **Art. 3 EMRK** und in **Art. 7 UNO – Pakt II**. Darüber hinaus sind die Verbote auch im internationalen Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (CAT) enthalten.³⁸

II. Funktion

Folter sowie grausame, unmenschliche und entwürdigende Behandlung oder Bestrafung sind besonders verwerfliche Formen staatlichen Machtmissbrauchs, die durch kein öffentliches Interesse je gerechtfertigt werden können. Folter, Grausamkeit und Entwürdigung sind niemand zumutbar. Das Bundesgericht rechtfertigt das Verbot der Folter und ähnlich verwerflicher Praktiken wie folgt (BGE 109 Ia 273, E. 7, S. 289): «*Der Rechtsstaat unterscheidet sich dadurch von seinen Gegnern, dass er sich nicht derselben Methoden bedient wie diese (...). So vermag der Umstand, dass Terroristen vor der Folter nicht zurückschrecken, deren Anwendung durch den Rechtsstaat nicht zu rechtfertigen (...).*»³⁹

Das Verbot erträgt keine Relativierungen, auch nicht in besonderen – etwa terroristischen – Gefährdungslagen oder bei besonderer Verwerflichkeit des Verhaltens des (Folter-) Opfers.

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Der Schutzbereich von Art. 10 Abs. 3 BV umfasst **alle natürlichen Personen** unbesehen ihrer Staatsangehörigkeit. **Juristische Personen** werden vom Schutzbereich **nicht erfasst**.

2. Schutzobjekt

Die BV enthält keine Legaldefinition der Folter. In Anlehnung an die Legaldefinition in Art. 1 CAT lässt sich Folter verstehen als **vorsätzliche und zur Verfolgung eines bestimmten Zwecks verübte Zufügung von schwersten körperlichen oder seelischen Leiden**. Eine **erniedrigende** Behandlung oder Bestrafung liegt demgegenüber vor, wenn das Leiden des Opfers primär in der Herabsetzung und Demütigung liegt, unabhängig vom Vorsatz der Täter.

Die **unmenschliche** Behandlung oder Bestrafung stellt den Auffangtatbestand dar; erfasst werden bspw. in Art und Ausgestaltung illegitime Strafen oder menschenunwürdige Haftbedingungen.⁴⁰

3. Geschützte Ansprüche

- Aus Art. 10 Abs. 3 BV ergibt sich primär eine Abwehr – **bzw. Unterlassungsanspruch**.
- Im Rahmen seiner **Schutzpflichten** hat der Staat die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, wenn die durch Art. 10 Abs. 3 BV erfassten Integritätsrechte durch Dritte beeinträchtigt werden. Die Schutzpflichten verlangen

³⁸ CAT => Konvention gegen Folter

³⁹ "Lo stato di diritto differisce dai suoi oppositori in quanto non usa gli stessi metodi di questi (...). Pertanto, il fatto che i terroristi non rifuggano dalla tortura non può giustificare l'applicazione da parte dello stato di diritto (...)"

⁴⁰ Siehe Vorlesung 6, F. 7.

in erster Linie den **Erlass von strafrechtlichen Bestimmungen**, welche die Verletzung des Verbots der Folter und der grausamen, unmenschlichen und entwürdigenden Behandlung unter Strafe stellen.

- Aus Art. 10 Abs. 3 BV (und Art. 3 EMRK) fliesst ein Anspruch auf eine wirksame und vertiefte **amtliche Untersuchung**, wenn eine Person in nachvollziehbarer Weise behauptet, von einem Träger staatlicher Gewalt gefoltert oder in grausamer oder erniedrigender Weise behandelt worden zu sein.
- Schliesslich hat der Staat im Sinne einer **Gewährleistungspflicht** die Voraussetzungen zu schaffen, damit die Verbote in der Praxis vollständig umgesetzt werden. Dies lässt sich beispielweise durch gezielte Aufklärungs- und Ausbildungskampagnen oder durch enge Aufsichtsregeln sicherstellen.⁴¹

⇒ *Aufklärung und Ausbildung von Polizei, Gefängnispersonal usw. und entsprechende Aufsicht.*

⁴¹ Siehe Vorlesung 6, F. 9 – 10.

5. SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE (Art. 13 BV)

I. Verankerung

Art. 13 BV schützt die Privatsphäre. Dazu zählen das Privat – und Familienleben, die Wohnung, der Brief-, Post – und Fernmeldeverkehr und die persönlichen Daten. Weitgehend identische Garantien finden sich in **Art. 8 EMRK** und in **Art. 17 UNO – Pakt II**. Im Bereich des Datenschutzes ist zudem das von der Schweiz ratifizierte Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (DSÜ) von Bedeutung.

II. Funktion

Mit der Garantie der Achtung der Privatsphäre gewährt die Verfassung jeder Person ein **Mindestmass an Privatheit** und gewährleistet jeder Person einen Lebensbereich, in der sich die Persönlichkeit frei entwickeln und entfalten kann. Zielt Art. 13 BV vorab auf den Schutz des Menschen als **soziales Wesen** und auf die Unversehrtheit seiner **Lebensgestaltung**.

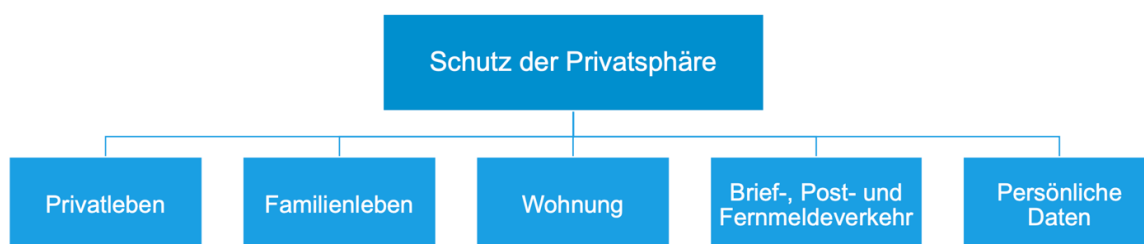
III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Das Recht auf Privatsphäre steht allen **natürlichen Personen** zu (insb. auch Personen im besonderen Rechtsverhältnis wie Angehörige der Armee oder Straf – und Administrativhäftlinge). **Juristische Personen** können sich auf jene Teilgehalte berufen, deren Schutzziel nicht untrennbar an die Existenz einer natürlichen Person gebunden ist.

- ⇒ *Beispiele:* Achtung der Wohnung (Bürräume, Vereinssekretariat), Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.
- ⇒ Teilgehalte der Achtung des Privat- und Familienlebens finden juristische Personen keine Anwendung.

2. Überblick: Schutzobjekt und geschützte Anspruch



Der Verfassungsrechtliche Schutz erstreckt sich auf die *Privatsphäre* und damit auf einen für die Entwicklung und Entfaltung der individuellen Persönlichkeit zentralen Lebensbereich. Die Sphäre fächert sich in mehrere Teilgehalte auf. Ausdrücklich geschützt sind das Privatleben und das Familienleben (**sozialer Aspekt**), die Wohnung (räumliche Aspekt), der Brief-, Post- und Fernmeldeverkehr (kommunikativer Aspekt) sowie die persönlichen Daten (datenbezogener Aspekt).

Der Anspruch auf Achtung der Privatsphäre ist ein Freiheitsrecht und verpflichtet den Staat in erster Linie zu einem **Unterlassen => Primar Abwehrrecht**

Punktuell sind auch **justiziable Ansprüche auf Leistung** und auf **Schutz** anerkannt.

3. Achtung des Privatlebens

a. Schutzbereich

Als Teilgehalt des Privatlebens garantiert ist die *Geheim – und Intimsphäre*. Besondere Bedeutung kommt der *Freiheit des Beziehungslebens* zu (insb. auch die sexuelle Selbstbestimmung). Auch der *Name und dessen Verwendung* haben das bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge an der Privatsphäre teil. Der Einzelne ist unter Art. 13 Abs. 1 BV ebenfalls davor geschützt, durch den Staat im *sozialen Ansehen beeinträchtigt* zu werden.⁴²

b. Einschränkungen

Einschränkungen des Rechts auf Achtung des Privatlebens haben die Anforderungen von Art. 36 BV zu erfüllen.

4. Achtung des Familienlebens

Der grundrechtliche Anspruch auf Achtung des Familienlebens garantiert das Zusammenleben und die persönlichen Kontakte unter den Familienmitgliedern (**positive Gewährleistung**) Im Sinne eine **negative Gewährleistung** schützt die Garantie aber auch davor, vom Staat zum Zusammenleben in der Familie gezwungen zu werden.

Der Begriff der Familie gemäss **Art. 13 Abs. 1 BV** ist weit zu verstehen und nicht auf die traditionelle Kernfamilie (verheiratetes Paar mit minderjährigen Kindern) beschränkt. Vielmehr ist die Beziehung zwischen allen nahen **Verwandten** erfasst, die eine wesentliche Rolle für ein gelebtes Familienleben spielen können; geschützt sind auch Konkubinatsverhältnisse. Der Anwendungsbereich von Art. 13 Abs. 1 BV steht unter der **Voraussetzung**, dass die familiäre Beziehung **tatsächlich gelebt** wird und die Beziehungen der Familienmitglieder eine **gewisse Nähe** aufweisen. Familienleben im Sinne von Art. 13 Abs. 1 BV liegt vor, wenn mehrere (nicht zwingend alle) der folgenden Elemente gegeben sind:

- Zusammenleben;
- gegenseitige Fürsorgepflicht;
- finanzielle Abhängigkeit;
- gemeinsame Wohnung;
- Blutsverwandtschaft;
- regelmässige Kontakte sowie weitere Elemente materieller oder affektiver Bindungen.

Weniger weit geht gemäss der bundesrechtlichen Praxis der verfassungsrechtliche Schutz gleichgeschlechtlicher Partnerschaften. Sie werden nicht vom Recht auf Achtung des Familienlebens erfasst, erfahren indessen insofern verfassungsrechtlichen Schutz, als sich gleichgeschlechtliche Paare auf den Teilaspekt des Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK) und auf das Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) berufen können.

⇒ Nach Rechtsprechung des Bundesgerichts ist gleichgeschlechtliche Partnerschaft also nicht nach Familienleben geschützt. Aber weil man sich auf Art. 8 EMRK berufen kann, ist also diese Enge Rechtsprechung von Art. 13 BV übersteuert vom Entscheid des EGMR.

5. Achtung der Wohnung

Die Garantie der Unverletzlichkeit der Wohnung gibt dem Gedanken Ausdruck, dass die Wohnung als Rückzugsort für eine vom Staat unbehelligte Gestaltung des Privatlebens besonderen Schutz verlangt. Primäres Schutzobjekt ist die Wohnung, d.h. Räume, die Wohnzwecken dienen und eine selbstständige Lebensführung ermöglichen. Darüber hinaus

⁴² Siehe Vorlesung 6, F. 17 – 22.

werden alle Räume erfasst, die ihrem Gebrauch und ihrer Beanspruchung zufolge als Privaträume anzusehen sind, wozu auch nur vorübergehend bewohnte Räume wie Hotelzimmer oder Ferienhäuser, Balkone oder die Wohnwagen von Fahrenden zählen; auch Geschäftsräume (schwächere Schutzintensität).

Die Garantie schützt gegen das unbefugte **Eindringen** von staatlichen Aufgabenträgern in eine Wohnung. Erfasst wird neben dem:

- Physisches Eindringen (z.B. Hausdurchsuchung)
- Ausspähen mit Kameras
- Aushorchen mit Richtmikrofonen

Massnahmen wie die Anordnung von Zugangsbeschränkungen (z.B. die gegenüber einem gewalttätigen Familienmitglied gerichtlich angeordnete Fernhalteverfügung) berühren neben dem Recht auf Familienleben auch den Anspruch auf Achtung der Wohnung.

6. Achtung des Brief- Post, - und Fernmeldegeheimnisses

- **Schutzobjekt** sind alle eigenen personenbezogenen Daten
- **Abwehrrecht**: Selbstbestimmungsrecht bezüglich der Bearbeitung von Personendaten; erfasst wird jegliche Bearbeitung (Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren und Weitergeben)
- **Schutzpflichten**: Der Staat hat dem Recht auf Datenschutz auch unter Privaten Geltung zu verschaffen
- **Gewährleistungspflichten**: Der Einzelne muss grundsätzlich die Möglichkeit haben, in Datensammlungen Einsicht zu nehmen und unrichtige Daten berichtigen zu lassen.

IV. Kerngehalt des Rechts auf Privatsphäre

Das Bundesgericht hat den Kerngehalt des Rechts auf Privatsphäre bisher nicht konkretisiert. Am ehesten ist der Kerngehalt des Rechts auf Privatsphäre im Verbot zu sehen, das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis oder den Datenschutz als solche ganz abzuschaffen.

⇒ NICHT: Einsatz von technischen Überwachungsgeräten bei der Wohnungsüberwachung.

6. RECHT AUF EHE UND FAMILIE (Art. 14 BV)

I. Verankerung

Heute wird die Ehefreiheit durch Art. **14 BV** garantiert. Ähnliche Garantien finden sich in Art. **12** und **8 EMRK** und in Art. **23 UNO – Pakt I**. Für die Schweiz ebenfalls bedeutsam ist die Kinderrechtskonvention (KRK).

II. Funktion

Das Recht auf Ehe im Sinne der Freiheit, eine Ehe einzugehen, stellt in erster Linie ein **justiziables Individualrecht** dar. Indessen setzt die wirksame Ausübung des Grundrechtsanspruchs das **Bestehen der Ehe als Rechtsinstitut** voraus.

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Das **Recht auf Ehe** steht natürlichen Personen im heiratsfähigen Alter zu.

- Erfasst sich insb. auch Personen im Sonderstatusverhältnis sowie Asylsuchende, Sans – Papiers und Transmenschen.
- Der Anspruch auf Schutz vor Zwangsheirat schützt auch Kinder und Jugendliche

Das **Recht auf Familie** vermittelt gemäss Bundesgericht nur verheirateten Paaren ein Recht auf Familiengründung (wird von einem Teil der Lehre kritisiert).

Juristische Personen sind nicht vom persönlichen Schutzbereich erfasst

2. Schutzobjekt

Schutzobjekt der Ehefreiheit ist die Ehe. In einem Entscheid hat es diese Sichtweise wie folgt begründet (BGE 126 II 425, E. 4b/bb, S. 431 f.): «Nach **vorherrschender Auffassung** gehen Art. 54 Abs. 1 aBV bzw. Art. 14 BV von einem traditionellen Verständnis der Ehe als einer auf Dauer angelegten, umfassenden Lebensgemeinschaft zwischen **zwei Menschen unterschiedlichen Geschlechts** aus; der Ehebegriff umfasst nicht auch die gleichgeschlechtliche Partnerschaft aus.»⁴³

Das Rechtsinstitut der Ehe steht in verschiedenen europäischen Staat (z.B. in Frankreich, Schweden, Spanien oder den Niederlanden) seit einiger Zeit auch gleichgeschlechtlichen Paaren offen. Auch in der Schweiz könnte der Gesetzgeber den Ehebegriff auf solche Paare ausweiten, da die Bundesverfassung nach heutiger Auslegung zwar keinen Anspruch auf Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen verankert, solche Ehen aber nicht verbietet. Der Einführung der «Ehe für alle» auf gesetzlicher Ebene steht deshalb nichts entgegen (in Volksabstimmung vom 26. September 2021 angenommen, in Kraft seit 1. Juli 2022)

3. Geschützte Ansprüche

Das Recht auf Ehe vermittelt das Recht, mit einem *frei gewählten* Partner oder einer Partnerin *des anderen Geschlechts* eine Ehe einzugehen (**positive Ehefreiheit**)

Die **negative Ehefreiheit** beinhaltet das Recht, von einer ehelichen Bindung abzusehen, und statuiert – damit einhergehend – das Verbot der Zwangsheirat.

⁴³ Secondo l'opinione prevalente, l'articolo 54 capoverso 1 della Costituzione federale e l'articolo 14 della Costituzione federale si basano su una concezione tradizionale del matrimonio come unione globale a lungo termine tra due persone di sesso diverso; il concetto di matrimonio non include anche le unioni omosessuali.

4. *Kerngehalt*

Der Kerngehalt des Rechts auf Ehe ist erst punktuell gefestigt. Ein gesicherter Kerngehalt ist das Verbot der Zwangsheirat. Absolut unzulässig wäre auch das an bestimmte Personengruppen (z.B. Strafgefangene, Asylsuchende) gerichtete generelle Verbot der Eheschliessung. Schliesslich ist es dem Staat untersagt, das Institut der Ehe seiner Substanz zu berauben.⁴⁴

⁴⁴ Siehe Vorlesung 7, F. 8 – 9.

7. NIEDERLASSUNGSFREIHEIT (Art. 24 BV)

I. Verankerung

Heute wird die Niederlassungsfreiheit durch **Art. 24 BV** geschützt.

Art. 24 BV Niederlassungsfreiheit

¹ Schweizerinnen und Schweizer haben das Recht, sich an jedem Ort des Landes niederzulassen.

² Sie haben das Recht, die Schweiz zu verlassen oder in die Schweiz einzureisen.

Art. 12 UNO-Pakt II

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.

Vorbehalt der Schweiz zu Art. 12 Abs. 1 UNO-Pakt II:

«Das Recht, sich frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen, steht unter dem Vorbehalt der Bundesgesetzgebung über die Ausländer, wonach Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen nur für den Kanton gelten, der sie ausgestellt hat.»

II. Funktionen

Die Niederlassungsfreiheit verfolgt im Wesentlichen zwei Ziele: In ihrer **bundesstaatlichen** Funktion sichert die Garantie den freien Personenverkehr innerhalb der Eidgenossenschaft. Diese Funktion war für die Aufbau und die Festigung des Bundesstaates Schweiz bedeutsam, war die Freiheit der Niederlassung doch Ausdruck der neuen Einheit und damit wesentlicher Faktor für die bundesstaatliche Integration. Diese Funktion ist heute eher in den Hintergrund getreten. In ihrer **individualrechtlichen** Funktion schützt die Niederlassungsfreiheit das Recht der Staatsbürgerinnen und -bürger, sich an jedem Ort der Schweiz niederzulassen; darüber hinaus erweist sich die Niederlassungsfreiheit als **faktische Voraussetzung** zur Ausübung weiterer Grundrechte, insb. des Rechts auf Privat – und Familienleben (Art. 13 Abs. 1 BV) und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV).

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

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

- **Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der EU und der EFTA** können sich zwar nicht auf Art. 24 BV, jedoch auf die entsprechenden Freizügigkeitsabkommen berufen.
- **Anerkannte Flüchtlinge** können gestützt auf Art. 26 der Genfer Flüchtlingskonvention ihren Aufenthaltsort grundsätzlich frei wählen.

Juristische Personen können sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Das Recht auf freie Wahl ihres Sitzes erfährt aber durch Art. 27 BV oder Art. 23 BV berufen.

2. Schutzobjekt

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

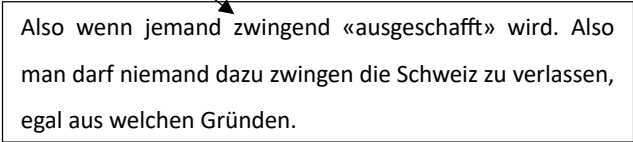
3. Geschützte Ansprüche

Die Niederlassungsfreiheit ist primär ein Abwehrrecht. Sie garantiert verschiedene Ansprüche, die auch einem längeren Auslandsaufenthalt nicht erlöschen:

- die *Freizügigkeit im Inneren in der Schweiz*: Begründung und Aufhebung von Wohnsitz oder Aufenthalt (Art. 24 Abs. 1 BV)
- *Ausreise und Auswanderung ins Ausland* (Art. 24 Abs. 2 BV)
- **Recht auf Rückkehr in die Schweiz** (Art. 24 Abs. 2 BV)
- *Leistungsansprüche*: Ausstellung und Aushändigung der erforderlichen Ausweisschriften und Reisepapiere.

4. Kerngehalt

Zum Kerngehalt der Niederlassungsfreiheit ist das **Verbot der Zwangsexilierung von Schweizerinnen und Schweizern** zu zählen; diese Garantie fällt mit Art. 25 Abs. 1 BV zusammen.⁴⁵



Also wenn jemand zwingend «ausgeschafft» wird. Also man darf niemand dazu zwingen die Schweiz zu verlassen, egal aus welchen Gründen.

⁴⁵ Siehe Vorlesung 7, F. 15 – 16.

Teil 3: Kommunikation

1. VORBEMERKUNGEN ZU DEN KOMMUNIKATIONSGRUNDRECHTEN

I. Verankerung

Unter Kommunikationsrechten versteht man ein Bündel von Garantien, welche im weitesten Sinn der Bildung, Äusserung, Verbreitung und dem Empfang von Meinungen und Informationen dienen.

Die verschiedenen Ausprägungen der Meinungsfreiheit wurden anlässlich der Verfassungsrevision 1999 als je eigenständige Grundrechtsgehalte formuliert. **Heute sind folgende Kommunikationsgrundrechte in der Bundesverfassung verankert:**

- Art. 16 BV
- Art. 17 BV
- Art. 20 BV
- Art. 21 BV
- Art. 22 BV
- Art. 23 BV

Die Kommunikationsgrundrechte sind auch auf **internationaler Ebene** geschützt:

- Art. 10 und 11 EMRK: Freiheit der Meinungsäusserung und Versammlungs – und Vereinigungsfreiheit
- Art. 19 und 21 UNO – Pakt II.

II. Funktion

1. Doppelfunktion der Kommunikationsgrundrechte

- **Individualrechtliche Funktion: Freie Meinungsbildung** und zwischenmenschliche Kommunikation sind elementar für die Persönlichkeitsentfaltung.
 ⇒ **Individualrechtlich** bedeutet wie sich die Justiziabilität eines Grundrechtes für eine Einzelperson auswirkt.
- **Gesellschaftsbezogene Funktion: Freie Zirkulation von Meinungen und Informationen** sind Voraussetzung für eine pluralistisch – demokratische Gesellschaft.

Unterdrückung und Beschränkung der sozialen Kommunikation – z.B. durch Rede – und Versammlungsverbote, Informationssperren und Zensurmassnahmen oder staatlich aufoktroyierte Meinungen – sind denn auch typisch für totalitäre Systeme.

III. Schutzbereich⁴⁶

1. Grundrechtliche Ansprüche

- **Subjektiv – rechtliche Dimension** (Subjektiv – rechtlich mehr oder weniger dasselbe wie Individualrechtlich)
 - **Abwehransprüche:** Anspruch, dass der Staat die Ausübung der Kommunikationsgrundrechte respektiert.

⁴⁶ Lesen KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 212 – 220.

- **Leistungsanspruch:** Anspruch auf Nutzung des öffentlichen – Grundes zur Ausübung der Kommunikationsgrundrechte.
- **Schutzanspruch:** Schutz bei Ausübung der Kommunikationsgrundrechte gegen Störer (z.B. Schutz von Demonstrationen)
- **Objektiv – rechtliche Dimension:** Staat hat den grundrechtlichen Anliegen im Rahmen seiner Möglichkeiten zum Durchbruch zu verhelfen.
 - ⇒ Verpflichtung des Gesetzgebers, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass ein Optimum an freier Kommunikation resultiert.

IV. Einschränkungen

- **Direkt:** förmliches Versammlungsverbot, generell – abstrakt normierte Bewilligungspflicht für eine Demonstration auf öffentlichem Grund, Beschlagnahme von Druckschriften etc.
- **Indirekt:** Handlung, die abschreckende Wirkung auf die Ausübung der Kommunikationsgrundrechte zeitigt (sog. «*chilling effect*» - BGE 143 I 147, E. 3.3.)
 - «In Ergänzung hierzu ist festzuhalten, dass die Meinungs- und Versammlungsfreiheit nicht nur durch direkte Eingriffe wie Verbote und Sanktionen beeinträchtigt werden können. Denkbar sind auch mittelbare Beeinträchtigungen dieser Grundrechte in dem Sinne, dass der Betroffene sich aufgrund einer behördlichen Reaktion nicht mehr getraut, erneut vom Grundrecht Gebrauch zu machen. In Rechtsprechung und Lehre wird in diesem Zusammenhang vom sog. «*chilling effect*» (auch «*effet dissuasif*») gesprochen (...). Die Ausübung der Grundrechte darf durch negative Begleiterscheinungen nicht derart beschränkt werden, dass von einer **Abschreckungswirkung** oder einem **Einschüchterungseffekt** zu sprechen ist.»

2. MEINUNGSFREIHEIT (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV)

I. Verankerung ⁴⁷

Heute ist die Meinungsfreiheit in Art. **16 Abs. 1 und 2 BV** ausdrücklich garantiert. Dabei stellt Abs. 2 eine Konkretisierung von Abs. 1 dar, ohne dass damit der Schutzbereich ausgedehnt würde. Die Freiheit, eine Meinung zu haben und sie zu äussern, wird auf der Ebene des Völkerrechts durch **Art. 10 EMRK und Art. 19 UNO – Pakt II** geschützt, welche im Gegensatz zur Verfassungsgarantie bereits auf der Ebene des Textes zwischen **Meinungsfreiheit** und **Meinungsäusserungsfreiheit** unterschieden.

II. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

- **Natürliche Personen** sind ohne Weiteres Träger bzw. Trägerinnen der Meinungsfreiheit.
- **Juristische Personen** können sich hingegen nur soweit auf die Kommunikationsgrundrechte berufen, als diese nicht unmittelbar an menschliche Eigenschaften anknüpfen.
 - Freiheit der **Meinungsäusserung und –verbreitung** (sog. «*forum externum*»): Ja. => **eine Juristische Person kann ihre Meinung äussern, verbreiten (Bsp. CDU empfiehlt für dies abzustimmen)**
 - Freiheit, eine Meinung zu **bilden** und zu haben (sog. «*forum internum*»): Fraglich; die interne Meinungsbildung innerhalb eines Vereins oder im Verwaltungsrat einer Unternehmung sollte jedoch auch geschützt sein. => **eine Juristische Person kann keine eigene Meinung haben.**

2. Schutzobjekt

- Unerheblich sind Form und Kommunikationsmittel der Meinungsäusserung und –verbreitung (z.B. auch Blogs oder Twitter – Nachrichten)
- Geschützt sind verbale wie nonverbale Äusserungen (z.B. Tanz, Pantomime)
- Geschützt sind nur ideelle Inhalte (kommerzielle Gehalte werden durch Art. 27 BV geschützt)
- Meinungen werden unbeschleun der Qualität ihres Inhalts geschützt; auch inhaltlich falsche, provozierende oder schockierende Äusserungen fallen in den Schutzbereich

3. Geschützte Ansprüche

- Freiheit, eine Meinung zu bilden und zu haben («*forum internum*»)
- Freiheit der Meinungsäusserung und –verbreitung («*forum externum*»)

4. Kerngehalt

Das «*forum internum*», das heisst der Bereich der inneren Meinungsbildung, erfährt absoluten Schutz. In jedem Fall unzulässig ist es z.B., einen Menschen mit Mitteln der Gehirnwäsche oder dem Gebrauch von Psychopharmaka zu innerer Identifikation mit einer Meinung zu zwingen (1984), die er ablehnt.⁴⁸

III. Einschränkungen

Einschränkungen müssen vor Art. 36 BV standhalten. Auch in zivilrechtlichen Klageverfahren, die Dritte wegen einer Verletzung ihrer Persönlichkeitsrechte einleiten, ist der Meinungsäusserungsfreiheit Rechnung zu tragen. die

⁴⁷ Für die Funktion lesen KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, S. 231.

⁴⁸ Siehe Vorlesung 8, F. 12.

zivilrechtlichen Bestimmungen müssen folglich im Licht der Kommunikationsgrundrechte ausgelegt und angewendet werden.

Gleiches gilt für strafrechtliche Verfahren, die wegen Ehrverletzungsdelikten anhängig gemacht oder die von Amtes wegen eingeleitet werden.⁴⁹

⁴⁹ Siehe Vorlesung 8, F. 14 - 15.

3. INFORMATIONSFREIHEIT (Art. 16 Abs. 3 BV)

I. Verankerung

Mit der BV von 1999 wurde die Informationsfreiheit als selbstständiger Teilgehalt der Meinungsfreiheit in **Art. 16 Abs. 3 BV** verankert. In ähnlicher Weise erfährt die Informationsfreiheit durch **Art. 10 EMRK** und **Art. 19 Ziff. 2 UNO – Pakt II** menschenrechtlichen Schutz.

II. Funktion

- Doppelfunktion der Kommunikationsgrundrechte
 - *Individualrechtliche Funktion*
 - Notwendige Voraussetzung für die Freiheit der Meinungsbildung, da sich eine eigene Meinung ohne Kenntnis von Fakten und anderen Meinungen kaum bilden lässt.
 - Freie Meinungsäußerung läuft ins Leere, wenn ihre Adressaten Meinungen nicht zur Kenntnis nehmen dürfen.
 - *Gesellschaftsbezogene Funktion*
 - Ungehindertes Fluss von Informationen und Meinungen als unverzichtbare Grundlage der demokratischen Staatsordnung.
 - Erst der ungehinderte Zugang zu Informationen ermöglicht es den Massenmedien, ihre gesellschaftsrelevanten Aufgaben wahrzunehmen.

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Die Informationsfreiheit ist ein Menschenrecht und steht deshalb allen natürlichen Personen zu. Darüber hinaus werden auch juristische Personen vom Schutzbereich erfasst.

2. Schutzobjekt

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

3. Geschützte Ansprüche

Die Informationsfreiheit umfasst im Wesentlichen die folgenden drei Teilgehalte:

- **Empfangsfreiheit:** Recht auf ungehinderten Empfang von Nachrichten und Meinungen, insb. auch Radio – und Fernsehprogrammen.
- **Freiheit der Informationsbeschaffung:** Recht, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu informieren.
- **Freiheit der Informationsverbreitung:** Recht, Informationen unabhängig von ihrer Herkunft bzw. Quelle zu verbreiten.⁵⁰

4. Insbesondere: Freiheit der Informationsbeschaffung aus allgemein zugänglichen Quellen

Quellen sind alle denkbaren Informationsträger, keine Rolle spielt grundsätzlich ob sie öffentliche oder private Angelegenheiten behandeln oder ob ihr Inhalt mündlich oder schriftlich kommuniziert wird. Ob amtliche Quellen allgemein zugänglich sind, lässt sich nicht direkt aus der Informationsfreiheit selbst ableiten.

⁵⁰ Siehe Vorlesung 8, F. 21.

- ⇒ Die Verwaltung stellt demnach grundsätzlich keine allgemeinen zugängliche Quelle dar, ausser es sei gesetzlich anders geregelt.
- Bund: Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt
 - Kanton Luzern: Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt
- ⇒ Damit hat es der Staat letztlich in der Hand, über seine Gesetzgebung zu definieren (das ist natürlich ein Stück weit auch problematisch, weil der Staat dann die Grenzen des Schutzbereich definieren kann!), wie weit (z.B. Art. 1 BGÖ) der grundrechtliche Schutzbereich gefasst wird!

4. MEDIENFREIHEIT (Art. 17 BV)

I. Verankerung

Art. 17 BV Medienfreiheit

¹ Die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie anderer Formen der öffentlichen fernmeldetechnischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen ist gewährleistet.

² Zensur ist verboten.

³ Das Redaktionsgeheimnis ist gewährleistet.

Art. 10 EMRK 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.

Art. 19 UNO-Pakt II

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.

II. Funktion

Die Medienfreiheit schützt primär die **Freiheit des Medienschaffens** und damit die Möglichkeit der Medienschaffenden, Informationen zu gewinnen, Fakten zusammenzutragen, sie zu kommentieren und die Öffentlichkeit zu bringen. Diese Freiheit ist indessen nicht Selbstzweck, sondern hat vielmehr wichtige **gesellschaftliche und politische Bedeutung**.

- Beitrag der Medien zur öffentlichen Meinungsbildung als Bindeglied zwischen Staat und Öffentlichkeit
- Beitrag der Medien zur Kontrolle behördlicher Tätigkeiten («*public watchdog*»), kontrolliert also gesellschaftlichen und politischen Diskurs)

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Auf die Medienfreiheit können sich **natürliche Personen** berufen. Ebenso juristische Personen des Privatrechts; im Bereich der audiovisuellen Medien sind ausnahmsweise auch öffentlich – rechtlich organisierte Veranstalter als Grundrechtsträger anerkannt. Angesprochen sind insb. Journalisten, Redaktoren oder Fotografinnen, aber auch Verlage, Websitebetreiber oder Radio- und Fernsehstationen.

2. Schutzobjekt

Art. 17 BV schützt den Einzelnen, insoweit als er sich der **Medien der Massenkommunikation** (nicht die Individualkommunikation wie die Informationsfreiheit) bedient und diese sich an eine weitere Öffentlichkeit richtet (insb. Presse, Radio und Fernsehen, Internet).

Geschützt werden neben periodisch erscheinenden Medienerzeugnissen auch einmalige Publikationen der Massenkommunikation (z.B. Bücher oder Flugblätter, ebenso Filme).

- ⇒ Also beispielsweise, der Aufruf gegen Israelis war nicht von der Medienfreiheit geschützt, weil es kein journalistisches Medium darstellte (i.S.v. Blick/NZZ) sondern mehr eine Privatperson die diese Werbung aufschalten wollte.

Verfassungsrechtlichen Schutz erfahren jedoch einzig Kommunikationen mit **ideellen Inhalten**. Auch **Publikationen**, die sich in erster Linie an Unterhaltung orientieren und keine Informationsinteressen der Allgemeinheit befriedigen, sind geschützt.

3. Geschützte Ansprüche

Die Medienfreiheit ist ein Freiheitsrecht, welches in erster Linie abwehrrechtliche Ansprüche enthält.

- **Freiheit des Medienschaffens:** insb. Recherchetätigkeit der Medienschaffenden
- **Pressefreiheit:** das Recht, **Meinungen** in Druckerzeugnissen (Presseerzeugnisse, Bücher, Flugblätter u.ä., gedruckt oder in elektronischer Form, z.B. E-Books) zu äussern und in der Öffentlichkeit **ungehindert zu verbreiten**.
- **Radio – und Fernsehfreiheit:** Schützt Informationen und Meinungsäusserungen, die über audiovisuelle Medien verbreitet werden.
- *Andere Formen fernmeldetechnisch verbreiteter Informationen: Generalklausel, welche die Verfassung für neue Formen der Massenkommunikation öffnet (z.B. Internet)*
- **Zensurverbot** (Art. 17 Abs. 2 BV)
- **Redaktionsgeheimnis** (Art. 17 Abs. 3 BV)

Insbesondere Zensurverbot (Art. 17 Abs. 2 BV)

- **Systematische Vorzensur:** Planmässige und systematische Inhaltskontrolle von Medienerzeugnisse vor deren Publikation ist nach Art. 17 Abs. 2 BV **absoluten verboten (Kerngehalt)**
- **Punktuelle vorgängige Inhaltskontrolle:** Bloss punktuelle Inhaltskontrolle im Sinne eines präventiven Verbots einzelner Publikationen ist grundsätzlich möglich, muss aber den Anforderungen von Art. 36 BV genügen.
- **Systematische repressive Zensur (Nachzensur):** Nachträgliche, generelle behördliche Inhaltsüberprüfung von Medienerzeugnissen fällt nicht unter den Zensurbegriff von Art. 17 Abs. 2 BV, kann aber bei prohibitiver Wirkung («chilling effect») den Kerngehalt von Art. 17 Abs. 1 BV verletzen.

Insbesondere Redaktionsgeheimnis (Art. 17 Abs. 3 BV)

- Quellenschutz als Voraussetzung zur sachgerechten Wahrnehmung der Aufgaben der Medien. Das Redaktionsgeheimnis schützt Presse, Radio und Fernsehen sowie ihre Mitarbeitenden davor, ihre Quellen staatlichen Behörden bekannt geben zu müssen:
 - *Schutz vor Hausdurchsuchungen*
 - *Schutz vor Beschlagnahme von Quellenmaterial*
 - *Zeugnisverweigerungsrecht der Medienschaffenden:* Sie dürfen Aussagen über die Identität von Autoren oder über den Inhalt und die Quelle ihrer Informationen verweigern.

4. Kerngehalt

Das in Art. 17 Abs. 2 BV verankerte Zensurverbot als *Verbot systematischer Vorzensur* stellt einen anerkannten Kerngehalt der Medienfreiheit dar. Allenfalls Nachzensur mit prohibitiver Wirkung (*Chilling effect*) (Art. 17 Abs. 1 BV).⁵¹

⁵¹ Siehe Vorlesung 8, F. 32 – 33.

5. VERSAMMLUNGSFREIHEIT (Art. 22 BV)

I. Verankerung

In der heutigen Bundesverfassung ist die Versammlungsfreiheit nun in **Art. 22 BV** verankert. Gewährleistet ist die Versammlungsfreiheit auch durch **Art. 11 EMRK** und **Art. 21 UNO – Pakt II**.

II. Funktion

- *Individualrechtliche Funktion*: Meinungsbildung und Meinungs Austausch in der Gemeinschaft
- *Demokratische Funktion*: Voraussetzung für die Ausübung anderer Freiheitsrechte und unentbehrlicher Bestandteil der demokratischen und rechtsstaatlichen Ordnung.

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Die Versammlungsfreiheit steht allen in – und ausländischen natürlichen Personen zu. Ad-hoc-Organisationskomitees und juristische Personen z.B. politische Parteien oder Gewerkschaften, können sich zumindest insoweit auf die Versammlungsfreiheit berufen, als sie Veranstalter einer Versammlung sind.

2. Schutzobjekt

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

- **Räumlich**: Es werden sowohl Versammlungen auf privatem als auch öffentlichem Grund erfasst.
- **Persönlich**: Es werden sowohl Versammlungen mit einem offenen als auch Versammlungen mit geschlossenem Teilnehmerkreis erfasst.
- **Zeitlich**: Der Schutz beginnt nicht erst mit der Versammlung selber, sondern bereits mit den entsprechenden Vorbereitungen, und er dauert bis zur vollständigen Auflösung der Versammlung an.⁵²

3. Geschützte Ansprüche

Die Versammlungsfreiheit ist ein klassisches Freiheitsrecht. Art. 22 Abs. 2 BV vermittelt dem Einzelnen:

- die Freiheit, Versammlung zu organisieren, daran teilzunehmen (*positive Versammlungsfreiheit*) oder ihnen fernzubleiben (*negative Versammlungsfreiheit*)
- Leistungsansprüche: Anspruch auf Nutzung des öffentlichen Grunds zur Durchführung von Versammlungen
- Schutzansprüche: Angemessener Schutz von Demonstrationen und anderen Versammlungen gegen Störungen durch private Dritte

4. Kerngehalt

Der Kerngehalt der Versammlungsfreiheit besteht demnach im Verbot der vorgängigen und systematischen Inhaltskontrolle von ideellen Versammlungen. Der Kerngehalt wäre aber auch durch ein generelles Verbot jeglicher Versammlung verletzt.

⁵² Siehe Vorlesung 9, F. 7.

IV. Abgrenzungen

Die Versammlungsfreiheit ist ein Kommunikationsgrundrecht, welches bestimmte Formen der Meinungsbildung und Meinungsäußerung schützt. Erfolgen diese Kommunikationen im geschlossenen Rahmen von organisiertem Verein oder anderen juristischen Personen, werden sie in erster Linie durch Art. 16 BV und Art. 23 BV erfasst, die Versammlungsfreiheit kommt bloss subsidiär zum Zug. Religiöse Prozessionen werden zuerst durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) geschützt. Veranstaltungen, die der Auseinandersetzung mit künstlerischen Anliegen dienen, werden primär durch die Kunstfreiheit erfasst (Art. 21 BV), wissenschaftliche Zusammenkünfte wie Kongresse oder Kolloquien durch die Wissenschaftsfreiheit (Art. 20 BV).⁵³

⁵³ Siehe Vorlesung 9, F. 10 – 11.

6. VEREINIGUNGSFREIHEIT (Art. 23 BV)

I. Verankerung

Heute ist die Vereinigungsfreiheit in Art. 23 BV verankert. Art. 11 EMRK gewährleistet gleich wie Art. 22 UNO – Pakt II dem Einzelnen das Recht, sich frei mit anderen Personen zusammenschliessen. Diese Garantien gewähren gegenüber Art. 23 BV keinen weitergehenden Schutz.

II. Funktion

Soziale Funktion: Der Beitritt zu einer Vereinigung erlaubt dem Einzelnen, sich mit Gleichgesinnten zusammenzuschliessen und im Rahmen der Vereinigung ein gemeinsames ideelles Ziel zu verfolgen.

Politische Funktion: Vereinigungen (z.B. Parteien und Verbände) ermöglichen und verstärken die öffentliche Artikulation von Anliegen und Meinungen

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Die Vereinigungsfreiheit steht **jeder Person** und damit auch Ausländerinnen und Ausländern zu. Auch **juristische Personen** des Privatrechts sind Träger der Vereinigungsfreiheit, vor allem wenn sie sich in ihrer internen Organisation oder ihren Tätigkeiten als Vereinigung beeinträchtigt sehen.

2. Schutzobjekt

Vereinigungen sind auf Dauer ausgerichtete Zusammenschlüsse mehrerer natürlicher oder juristischer Personen mit einem gemeinsamen ideellen (z.B. politischen, sozialen, kulturellen oder sportlichen) Zweck. Geschützt sind nicht nur Vereine im Sinn von Art. 60 ff. ZGB, sondern auch andere rechtsförmige Zusammenschlüsse, die einen ideellen Zweck verfolgen (z.B. Genossenschaften oder einfache Gesellschaften) Jedenfalls im Bereich der negativen Vereinigungsfreiheit (Schutz vor Zwangsmitgliedschaft) erstreckt sich der verfassungsrechtliche Schutz auch auf öffentlich-rechtliche Körperschaften.

3. Geschützte Ansprüche

- **Positive Vereinigungsfreiheit:** Freiheit, Vereinigungen zu *bilden*, ihnen *beizutreten* (Hingegen vermittelt die Vereinigungsfreiheit dem Einzelnen jedoch kein Recht auf Aufnahme in eine Vereinigung), anzugehören, sie zu organisieren, sich an ihren Tätigkeiten zu beteiligen
- **Negative Vereinigungsfreiheit:** Schutz vor Zwangsmitgliedschaft (Art. 23 Abs. 3 BV)

4. Kerngehalt

Absolut geschützt ist die Vereinigung als Rechtsinstitut, d.h. es ist dem Gesetzgeber untersagt, die Anerkennung rechtsförmiger Zusammenschlüsse aufzugeben. Das heisst der Staat nicht plötzlich sagen, ab nun sind KEINE Vereinigungen mehr erlaubt. Er darf also nicht ein generelles Verbot für Vereinigungen aussprechen.

Die Zwangsmitgliedschaft (Schwere Einschränkung d.h. es braucht formelles Gesetz) in eine Vereinigung (negative Vereinigungsfreiheit) ist gemäss Bundesgericht jedoch nicht absolut verboten (Bsp. Uni – Luzern SOL, dort ist es zwar keine Zwangsmitgliedschaft, aber das könnte ein Beispiel sein für ein nicht absolutes Verbot.

Zwangsmitgliedschaft

Nicht absolut verboten, aber man kann nur zu Vereinigungen gezwungen werden, welche **politisch neutral** sind und wo ein **gewichtiges öffentliches Interesse** zur Mitgliedschaft vorliegt.⁵⁴

⁵⁴ Siehe Vorlesung 9, F. 18.

7. WISSENSCHAFTSFREIHEIT (Art. 20 BV)

I. Verankerung

Art. 20 BV Wissenschaftsfreiheit

Die Freiheit der wissenschaftlichen Lehre und Forschung ist gewährleistet.

- EMRK und UNO-Pakt II schützen die Wissenschaftsfreiheit nicht ausdrücklich, die Garantie wird aber als Teilgehalt der Meinungsäusserungsfreiheit anerkannt (Art. 10 EMRK bzw. Art. 19 Ziff. 2 UNO-Pakt II)
- Ausdrücklich kodifiziert wird die Wissenschafts- und Forschungsfreiheit in Art. 15 UNO-Pakt I

II. Funktion

- **Hauptfunktion:** Schutz des auf wissenschaftlichen Methoden basierenden Erkenntnisgewinns
- **Individualrechtliche Funktion:** Freies wissenschaftliches Arbeiten und Teilnahme am wissenschaftlichen Diskurs als Mittel zur Selbstverwirklichung
- **Demokratische Funktion:** Beitrag der wissenschaftlichen Argumentation zur Rationalität des öffentlichen Diskurses

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Auf die Wissenschaftsfreiheit können sich unbesehen ihrer Nationalität alle natürlichen Personen berufen, die sich wissenschaftlich bzw. forschend betätigen und lehren

- Geschützt sind Lehre und Forschung sowohl im Rahmen einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit, im Rahmen eines Dienstverhältnisses an einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder privat (z.B. als Hobby)

Vom persönlichen Schutzbereich erfasst sind auch juristische Personen des Privatrechts (z.B. Pharmaunternehmen) sowie die Hochschulen als juristische Personen des öffentlichen Rechts.

2. Schutzobjekt

Schutz von wissenschaftlich betriebener Forschung und Lehre. Auszugehen ist von einer Vielfalt der Wissenschaftsverständnisse.

- Bundesgericht: «Methode zur Vertiefung und Mehrung der Erkenntnisse» (BGE 119 Ia 460), vgl. auch Legaldefinition im Humanforschungsgesetz

Art. 3 HFG Begriffe

Im Sinne dieses Gesetzes gelten als:

a. **Forschung:** methodengeleitete Suche nach verallgemeinerbaren Erkenntnissen;

- In der Praxis der jeweiligen «scientific community» als wissenschaftlich eingestuft
- Zusammenfassend: wissenschaftliche Forschung als geistige Tätigkeit mit dem Ziel, methodisch kontrolliert, systematisch und nachprüfbar neue Kenntnisse und Erkenntnisse zu gewinnen

Wissenschaftliche Lehre: Handlungen von Lehrenden im Hochschulbereich, die für die Vermittlung wissenschaftlichen Wissens notwendig sind.

3. Geschützte Ansprüche

Die Wissenschaftsfreiheit ist ein **Abwehrrecht**. Dem Wortlaut von Art. 20 BV zufolge umfasst die Garantie verschiedene Teilgehalte:

- **Aktive Forschungsfreiheit:** Schutz des Freiraums wissenschaftlicher Forschungstätigkeit, namentlich in ihrer intellektuellen und methodischen Unabhängigkeit.
- **Passive Forschungsfreiheit:** Anspruch, Forschungsergebnisse Dritter zur Kenntnis nehmen zu dürfen.
- **Lehrfreiheit:** Schutz der Freiheit der wissenschaftlich tätigen Lehrpersonen, selber über das Thema, die Unterrichtsmethode oder die methodisch-didaktische Ausrichtung einer Lehrveranstaltung zu bestimmen.

4. Kerngehalt

Das Bundesgericht hat den Kerngehalt der Wissenschaftsfreiheit bislang nicht konkretisiert. Gleich wie bei den anderen Kommunikationsgrundrechten liegt die absolute Schranke der Lehre zufolge in dem generellen Verbot **systematischer inhaltlicher Vorzensur von Äusserungen and die Öffentlichkeit**.

5. Objektiv – rechtliche Dimension

Aktive Forschungsförderung durch Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur

Art. 64 BV	Forschung
¹	Der Bund fördert die wissenschaftliche Forschung und die Innovation.
²	Er kann die Förderung insbesondere davon abhängig machen, dass die Qualitätssicherung und die Koordination sichergestellt sind.
³	Er kann Forschungsstätten errichten, übernehmen oder betreiben.

Staatliche Förderung, insb. durch den Schweizerischen Nationalfonds (SNF vgl. Aebi – Müller) und Innosuisse. Hochschulförderungs – und -koordinationsgesetz (HFKG), ETH – Gesetz.⁵⁵

IV. Abgrenzungen

- Meinungsäusserungen ohne wissenschaftlichen Charakter: Können durch andere Kommunikationsgrundrechte (insb. Art. 16 BV), aber auch durch die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 15 BV) geschützt sein
- Forschung mit Blick auf kommerziellen Nutzen: In diesen Fällen ist neben der Forschungsfreiheit auch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) mitbetroffen; steht der kommerzielle Aspekt eindeutig im Vordergrund, ist einzig die Wirtschaftsfreiheit einschlägig.

⁵⁵ Siehe Vorlesung 9, F. 26 - 27.

8. KUNSTFREIHEIT (Art. 21 BV)

I. Verankerung

Art. 21 BV Kunstfreiheit
Die Freiheit der Kunst ist gewährleistet.

Auf internationaler Ebene wird die Kunstfreiheit insbesondere als Teilgehalt der Meinungsäusserungsfreiheit (**Art. 10 EMRK**) und des Privatlebens (**Art. 8 EMRK**) sowie **Art. 17** und **19 Ziff. 2 UNO-Pakt II** und **Art. 15 Ziff. 1 lit. a UNO-Pakt I** geschützt.

II. Funktion

- **Individualrechtliche Funktion:** Künstlerisches Schaffen als wesentliche Erscheinung der Persönlichkeitsentfaltung
- **Demokratische Funktion:** Künstlerisches Schaffen als Beitrag zum öffentlichen Diskurs
 - ⇒ Künstlerischer Ausdruck als Infragestellung politischer und gesellschaftlicher Strukturen

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Die Kunstfreiheit schützt in erster Linie natürlichen Personen (unbesehen ihrer Nationalität). Juristische Personen des Privatrechts, die mit der Entstehung, Präsentation und Weiterverbreitung von Kunst befasst sind (z.B. Galerien, Kinos, Verlage oder Veranstalter). Das Publikum wird demgegenüber durch die Informationsfreiheit (Art. 16 BV) geschützt.

2. Schutzobjekt

Im Rechtsstaat ist von einer *Vielfalt der Kunstverständnisse* auszugehen.

- ⇒ Massgebend ist die Ansicht der **«artistic community»** und gemäss Bundesgericht auch der Blickwinkel eines «künstlerisch aufgeschlossen Betrachters» oder der Ausstellungsort.

Dem Charakter der Kommunikationsgrundrechte entsprechend werden nur Äusserungen mit **ideellem Gehalt** geschützt (es können jedoch gleichzeitig auch kommerzielle Zwecke verfolgt werden)

- ⇒ **AUCH HIER GIBT ES EIN PARADOXON**

Möglich viel soll Kunst sein, aber dann eben doch nicht alles. Anders ausgeführt, der demokratische Verfassungsstaat darf sich nicht mit einem bestimmten Kunstverständnis identifizieren. Vielmehr muss der verfassungsrechtliche Begriff der Kunst zum Schutz und im Interesse der Kunstfreiheit offenbleiben.

Definition von «Staatskunst» ist ein Kennzeichen totalitärer Staaten dort wird gewisse Kunst ausgegrenzt, beispielsweise durch Wörter wie: entartet, unvölkische Kunst.

Geschützt sind alle denkbaren Formen des Kunstschaffens: Werke der klassischen bildenden Kunst, der darstellenden Kunst, der Literatur usw.⁵⁶

- ⇒ Bsp. Die Leistung einer Schauspielerin die gleichzeitig auch von ihrer Kunst lebt. Wenn aber «Kunst» nur noch zum Kommerziellen Zweck genutzt ist, entfällt der Schutz der Kunstfreiheit. Allenfalls wird dann aber die Wirtschaftsfreiheit erfasst.

3. Geschützte Ansprüche

- *Werkbereich*: Schaffen von Kunst sowie das Kunstwerk selber
- *Wirkbereich*: An die Öffentlichkeit gerichtete Präsentation und Vermittlung von Kunst
- Kein justiziabler Anspruch auf staatliche Leistungen

- ⇒ Bedingter Anspruch auf Nutzungsrecht, Bsp. Strassentheater aber bspw. keine staatliche Subvention.

4. Kerngehalt

Das Bundesgericht hat den Kerngehalt der Kunstfreiheit bislang nicht konkretisiert. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, die absolute Schranke staatlicher Einschränkungsmöglichkeiten liege auch hier im generellen Verbot **systematischer präventiver inhaltlicher Kontrolle; nicht jedoch die Festlegung von Altersgrenzen für DVDs, Computerspiele etc.**

5. Objektiv – rechtliche Dimension

- Angemessene Rahmenbedingungen für das künstlerische Schaffen

Art. 69 BV Kultur

¹ Für den Bereich der Kultur sind die Kantone zuständig.

² Der Bund kann kulturelle Bestrebungen von gesamtschweizerischem Interesse unterstützen sowie Kunst und Musik, insbesondere im Bereich der Ausbildung, fördern.

- Kulturförderungsgesetz (KFG)

Art. 71 BV Film

¹ Der Bund kann die Schweizer Filmproduktion und die Filmkultur fördern.

² Er kann Vorschriften zur Förderung der Vielfalt und der Qualität des Filmangebots erlassen.

- Filmgesetz (FiG)

IV. Einschränkungen

Einschränkungen müssen vor Art. 36 BV standhalten. Grenzen setzen insbesondere die Persönlichkeitsrechte Dritter (Art. 28 ff. ZGB, Art. 135, 173 ff., 197, 261 StGB) Auseinandersetzung mit Pornographie und Gewalt reiben sich an den entsprechenden Geboten des Strafrechts; Art. 135 StGB (Gewaltdarstellung), Art. 197 StGB (Pornografie).

Durch die Kunstfreiheit geschützte Darstellungen können die religiösen Gefühle und Überzeugungen verletzen (Art. 261 StGB) oder eine Rassendiskriminierung darstellen (Art. 261^{bis}StGB)

⁵⁶ Siehe Vorlesung 9, F. 34 - 35.

In den entsprechenden Justizverfahren sind die Normen des Zivil- und Strafrechts verfassungskonform auszulegen (Art. 35 BV)⁵⁷

⁵⁷ Siehe Vorlesung 9, F. 39 - 42.

Teil 4: Glauben und Gewissen

1. GLAUBENS- UND GEWISSENSFREIHEIT (Art. 15 BV)

I. Verankerung

Die Glaubens – und Gewissensfreiheit (auch Religionsfreiheit genannt) ist in **Art. 15 BV** verankert. **Art. 9 EMRK** enthält eine ähnliche Garantie wie Art. 15 BV.

Art. 9 EMRK 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 anderen 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.

Art. 18 UNO- Pakt II stimmt mit Art. 9 EMRK weitgehend überein.

II. Funktion

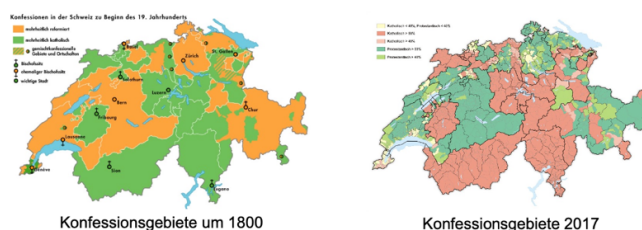
Es gibt 3 *Funktionen*

- **Toleranzgebot:** Der religiöse Frieden soll gesichert werden;
- **Freiheitsschutz:** Es soll allen Menschen garantiert werden, dass sie allein und in Gemeinschaft ihre tiefsten Überzeugungen zu transzendentalen Fragen bewahren, ausdrücken und im Alltag leben dürfen;
- **Integrationsfunktion:** Die Ausgrenzung religiöser Minderheiten soll verhindert und die Integration aller Menschen ungeachtet ihres Glaubens im Gemeinwesen erleichtert werden.⁵⁸

III. Historische Entwicklung

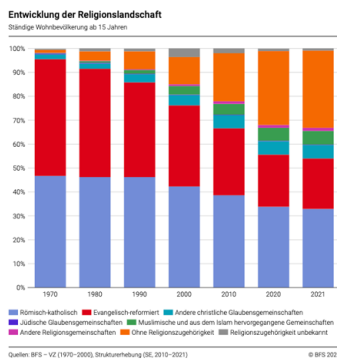
- **Religionszugehörigkeit nach der Reformation**

- Für mehrere Jahrhunderte galt für die Religionszugehörigkeit das Territorialitätsprinzip («cuius regio, eius religio»), verankert in den beiden Kappeler Landfrieden 1529/1531)
- Nach der Reformation bildeten sich in der Alten Eidgenossenschaft katholische und reformierte Territorien heraus



- **Entwicklung der Religionszugehörigkeit seit 1970**

⁵⁸ Siehe Vorlesung 10, F. 5.



- **Bundesverfassung von 1848**

- Garantie die Niederlassungsfreiheit und Kultusfreiheit, jedoch nur für Angehörige der christlichen Konfessionen, um damit religiöse Gegensätze nach dem Sonderbundkrieg zu überwinden.
- Verbot des Jesuitenordens

Art. 58 BV (1848)

Der Orden der Jesuiten und die ihm affilierten Gesellschaften dürfen in keinem Theile der Schweiz Aufnahme finden.

- Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit auf Christen wurde 1866 aufgehoben.

- **Bundesverfassung von 1874**

- Glaubens – und Gewissensfreiheit für alle Religionen
- Verschärftes Jesuitenverbot (bis 1973)

Art. 51 BV (1874)

Der Orden der Jesuiten und die ihm affilierten Gesellschaften dürfen in keinem Teile der Schweiz Aufnahme finden, und es ist ihren Gliedern jede Wirksamkeit in Kirche und Schule untersagt.

⇒ Volksabstimmung über den Bundesbeschluss zur Aufhebung des Jesuiten- und des Klosterartikels der aBV vom 20. Mai 1973: angenommen (mit 54,9 % der Volksstimmen und 14^{5/2} Ständesstimmen)

- Verbot der Wiedereröffnung oder Neugründung von Klöstern (bis 1973)

Art. 52 BV (1874)

Die Errichtung neuer und die Wiederherstellung aufgehobener Klöster oder religiöser Orden ist unzulässig.

- Verbot der freien Gründung von katholischen Bistümern (bis 2001)

Art. 50 BV (1874)

³ Die Errichtung von Bistümern auf schweizerischem Gebiete unterliegt der Genehmigung des Bundes.

- Volksinitiative «für ein Verbot des Schlachtens ohne vorherige Betäubung» (Schächtverbot) vom 28. August 1893: angenommen (mit 60,1 % der Volksstimmen und 10^{3/2} Ständesstimmen).

Art. 25bis BV (1894)

Das Schlachten der Tiere ohne vorherige Betäubung vor dem Blutentzug ist bei jeder Schlachtart und Viehgattung ausnahmslos untersagt.

- 1981 ins Tierschutzgesetz überführt

Art. 21 TschG

¹ Säugetiere dürfen nur geschlachtet werden, wenn sie vor Beginn des Blutentzugs betäubt worden sind.

- **Aktuelle Bundesverfassung**

- Minarettverbot (seit 2009) vgl. Art. 72 BV
- Verhüllungsverbot in den Kantonen Tessin (2013) und St. Gallen (2018)
- Eidgenössische Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot», am 11. Oktober 2017 zustandegekommen, am 7. März 2021 angenommen (mit 51,2% der Volksstimmen und 16^{4/2} der Ständesstimmen).⁵⁹

Art. 10a BV Verbot der Verhüllung des eigenen Gesichts

¹ Niemand darf sein Gesicht im öffentlichen Raum und an Orten verhüllen, die öffentlich zugänglich sind oder an denen grundsätzlich von jedermann beanspruchbare Dienstleistungen angeboten werden; das Verbot gilt nicht für Sakralstätten.

² Niemand darf eine Person zwingen, ihr Gesicht aufgrund ihres Geschlechts zu verhüllen.

³ Das Gesetz sieht Ausnahmen vor. Diese umfassen ausschliesslich Gründe der Gesundheit, der Sicherheit, der klimatischen Bedingungen und des einheimischen Brauchtums.

IV. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Auf die Glaubens – und Gewissensfreiheit können sich in erster Linie *natürliche Personen* ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit. *Juristische Personen* können sich auf die Glaubens – und Gewissensfreiheit berufen, ausser wenn sie nach ihren Statuten ein religiöses oder kirchliches Ziel verfolgen.

2. Schutzobjekt

Art. 15 BV schützt dem Verfassungswortlaut zufolge Glaube und Religion sowie weltanschauliche Überzeugung und Gewissen.

- **Glaube:** Alle Arten von Vorstellungen über die Beziehung des Menschen zum Göttlichen beziehungsweise zum Transzendenten, jedoch auch Atheismus und Auffassungen, die sich nicht auf eine Religion festlegen
 ⇒ Was Glaubensinhalt ist, bestimmt sich «im Kern nach subjektiven Gesichtspunkten» der Gläubigen (BGE 142 I 49 E. 5.2.)
- **Religion:** Ein von grösseren Gemeinschaften getragenes System von Vorstellungen über die Existenz von Gegebenheiten jenseits des sinnlich Erfahrbaren
- **Weltanschauliche Überzeugung:** Während bei der Religion der Transzendenzbezug im Vordergrund steht, ist die Weltanschauung mehr durch eine nicht zu hinterfragende Überzeugung betreffend die existentielle Aufgabe des Menschen in dieser Welt gekennzeichnet
- **Gewissen:** Innere kritische Instanz, die dem Leben und Handeln des Einzelnen ethische und moralische Massstäbe setzt

⁵⁹ Siehe Vorlesung 10, F. 14.

Die Übergänge zwischen den Schutzobjekten sind fließend; eine klare Abgrenzung ist in der Praxis meist nicht erforderlich.⁶⁰

3. Geschützte Ansprüche

Art. 15 BV verankert folgende Teilgehalte der Glaubens- und Gewissensfreiheit.

- Grundsatz der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Abs. 1)
 - ⇒ insb. Grundsatz der religiösen Neutralität des Staates
- Recht zur freien Wahl und zum freien Bekenntnis von Religion und Weltanschauung (Abs. 2)
 - ⇒ Recht auf religiös geprägte Lebensweise (z.B. Kleidung, Ernährung, Bauwerke)
 - ⇒ Kultusfreiheit (z.B. Gottesdienste, Prozessionen)
- Positive Religionsfreiheit (Abs. 3)
 - ⇒ insb. Recht auf Beitritt und Zugehörigkeit zu einer Religionsgemeinschaft
- Negative Religionsfreiheit (Abs. 4)
 - ⇒ insb. kein Zwang, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder religiöse Handlungen vorzunehmen.⁶¹

4. Kerngehalt

- Negative Religionsfreiheit, insb. darf niemand gezwungen werden, einer Religionsgemeinschaft beizutreten oder religiöse Handlungen vorzunehmen
- Absolut unzulässig ist es auch, jemanden zu zwingen, von seinem Glauben abzufallen
- Das Recht, die Religion oder die Weltanschauung zu wechseln
- Gewissensfreiheit («forum internum»)

⁶⁰ Siehe Vorlesung 10, F. 18 – 19.

⁶¹ Siehe Vorlesung 10, F. 21 – 29.

Teil 5: Eigentums- und Wirtschaftsordnung

1. EIGENTUMSGARANTIE (Art. 26 BV)

I. Verankerung

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

Die Schweiz hat das 1. Zusatzprotokoll zur EMRK, das in Art. 1 ein Recht auf Schutz des Eigentums vorsieht, zwar unterzeichnet, aber nicht ratifiziert. Bei eigentumsrechtlichen Streitigkeiten sind die in Art. 6 EMRK verankerten Verfahrensgarantien zu beachten.

II. Funktion

1. *Philosophischer Hintergrund - Begründung des Privateigentums*

Die Idee, dass das Eigentum menschenrechtlich zu schützen sei, ist v.a. durch John Locke (1632 – 1704) philosophisch begründet worden. Lockes Eigentumstheorie besagt, dass man ein Eigentumsrecht an einem herrenlosen Gut durch dessen Bearbeitung erwirbt, aber nur unter dem einschränkenden Vorbehalt, dass für andere genug und gleich Gutes übrigbleibt («Locke's Proviso» => Vorbehalt: Solange es noch genügend für die anderen hat).

2. *Die Drei Funktionen*

- **Institutionelle Funktion:** Gewährleistung des Eigentums als zentrales Institut des Privatrechts und damit als Grundpfeiler der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung (**Institutsgarantie**)
 - ⇒ Beispiel davon wäre die konfiskatorische Besteuerung
- **Individualrechtliche Funktion:** schützt das Interesse der Privaten, ihr Eigentum ungestört vor staatlichen Einschränkungen geniessen und frei darüber verfügen zu können (**Bestandesgarantie**)
 - ⇒ Abwehrrecht
- **Entschädigungsfunktion:** Entschädigung bei schwerem rechtmässigem Entzug der Eigentumsbefugnisse (**Wertgarantie**).
 - ⇒ Gilt auch so im Völkerrecht

62

III. Schutzbereich

1. *Persönlicher Schutzbereich*

Auf die Eigentumsgarantie berufen können sich **natürliche** und **juristische Personen**, ungeachtet der Nationalität bzw. des Sitzes oder des Gründungsortes. Die Grundrechtsträgerschaft kommt auch Gemeinwesen zu, wenn sie als Private handeln, d.h. bspw. Eigentumsbefugnisse im Bereich ihres Finanzvermögens ausüben

⁶² Siehe Vorlesung 11, F. 7.

2. Schutzobjekt⁶³

Schutzobjekt der Eigentumsgarantie ist nicht eine menschliche Tätigkeit oder Eigenschaft, sondern ein durch die Rechtsordnung geschaffenes Institut. Art. 26 BV schützt neben dem Eigentum im sachenrechtlichen Sinn (Art. 641 ff. ZGB) auch andere vermögenswerte Rechte des Privatrechts und des öffentlichen Rechts (z.B. dingliche Rechte und obligatorische Rechte)

⇒ Also z.B. ein Vorverkaufsrecht eines Gebäudes.

- Nicht geschützt ist hingegen reines Vermögen. Also wenn durch Staatsakte eine Verringerung des Einkommens oder Vermögens erfolgt, stellt dies keine Einschränkung des Eigentums dar.

Bsp. Anwaltstarif Aargau, betrf. Nicht kostendeckenden Anwaltshonorare

- Nicht geschützt sind aber auch strafrechtliche Güter

Bsp. Kokain

3. Geschützte Ansprüche

Art. 26 BV lässt sich in verschiedene justiziable Teilgehalte gliedern (Instituts -, Bestandes – und Wertgarantie), welche eng miteinander verknüpft sind.

a. Institutsgarantie

Schützt das Privateigentum als Institut der schweizerischen Rechtsordnung (zugleich Kerngehalt der Eigentumsgarantie)

b. Bestandesgarantie

Schützt vor staatlichen Beschränkungen der aus dem Eigentum fließenden Rechte und Befugnisse

- Kann unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV eingeschränkt werden (aber unter Vorbehalt der Wertgarantie)
=> Einzig gibt es dort einen Zusatzprüfungspunkt, volle Entschädigung für Enteignung durch den Staat.
- Nebst Abwehransprüchen können daraus auch justiziable Ansprüche auf Schutz vor rechtswidrigen Störungen durch Dritte fließen.

c. Wertgarantie

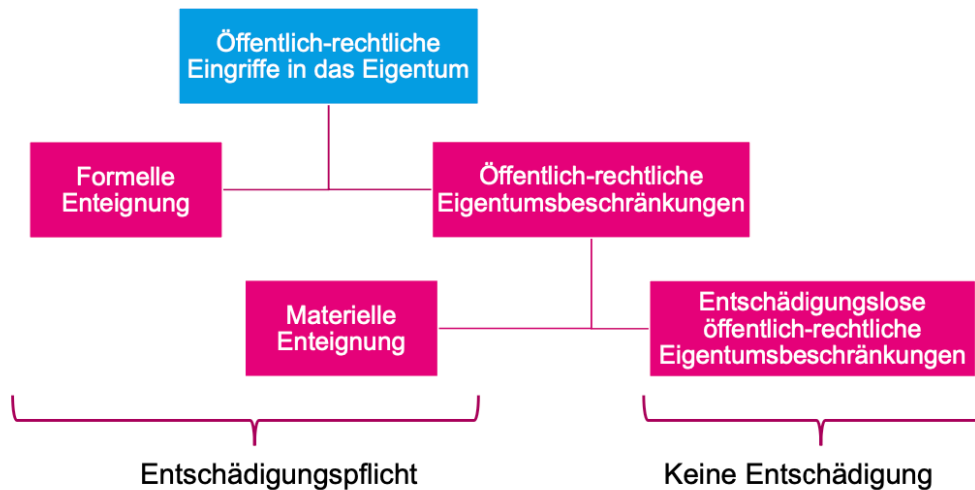
Schafft einen Anspruch auf volle Entschädigung des Wertverlustes, wenn der Staat in verfassungskonformer Weise in die Bestandesgarantie eingreift.

- Voraussetzung dabei ist, dass die Einschränkung als formelle Enteignung erfolgt oder einer solchen gleichkommt (materielle Enteignung)
- Die Wertgarantie ist nicht einschränkbar.

⁶³ Siehe Vorlesung 11, F. 11.

IV. Einschränkungen der Bestandesgarantie

1. Formen der Einschränkung



In der Praxis sind namentlich staatliche Beschränkungen des Grundeigentums häufig. Sie ergehen in Form einer **formellen Enteignung** oder aber als **öffentlich – rechtliche Eigentumsbeschränkungen**, welche unter bestimmten Voraussetzungen eine **materielle Enteignung** darstellen können.

a. Formelle Enteignung⁶⁴

- **Eigentumsrechte werden in einem formellen Verfahren hoheitlich entzogen** und dem Enteigner zur Erstellung eines staatlichen (allenfalls privaten) Werkes von öffentlichem Interesse übertragen.
- Die Enteignungsverfahren sind im **Bundesgesetz über die Enteignung** (EntG) und in den kantonalen Enteignungsgesetzen sowie den massgebenden Sacherlassen geregelt.
- Formelle Enteignungen sind nur zulässig, wenn die Massnahme vor **Art. 36 BV** standhält und im Sinn der **Wertgarantie Entschädigung** geleistet wird
 - ⇒ Egal wie Gross oder wie viel Wert ein Grundstück hat, es handelt sich **immer** um eine schwere Einschränkung.

b. Öffentlich- rechtliche Eigentumsbeschränkungen

- Bei öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen werden Nutzungs- und Verfügungsrechte **i.d.R. durch ein Gesetz, einen Plan oder einen Verwaltungsakt eingeschränkt, ohne dass ein Übergang von Rechten stattfindet.**
- Die meisten Eigentumsbeschränkungen entstehen **durch den Erlass von Nutzungsplänen** und die dazugehörigen Bauordnungen (z.B. Vorschriften über Gebäudehöhe, Geschoszahl oder Vorschriften des Ortsbildschutzes).
- Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen sind nur zulässig, wenn sie den Anforderungen von **Art. 36 BV** genügen.
- Ist die **Beschränkung gerechtfertigt**, muss die Einschränkung in der Regel **entschädigungslos** hingenommen werden, sofern sie keine materielle Enteignung darstellt.

⁶⁴ Siehe Vorlesung 11, F. 14 – 16.

⇒ Egal wie Grosse oder wie viel Wert ein Grundstück hat, es handelt sich **immer** um eine schwere Einschränkung.

c. Öffentlich- rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die eine materielle Enteignung darstellen

- Wiegt eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen so schwer, dass sie im Ergebnis einer *formellen Enteignung gleichkommt* (Art. 26 Abs. 2 BV), muss sie als materielle Enteignung voll entschädigt werden
 - **Besonders schwerer Eingriff**⁶⁵: Der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch des Grundeigentums wird untersagt oder besonders stark eingeschränkt, weil eine aus dem Eigentum fließende wesentliche Befugnis entzogen wird (z.B. Auszonung von Bauland)
- Auch bei einer an sich nicht so schweren Einschränkung wird *ausnahmsweise* eine materielle Enteignung angenommen
 - **Sonderopfer**⁶⁶: Es sind nur ein einziger oder einige wenige Eigentümer betroffen, wobei ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit als unzumutbar erscheint und die entschädigungslos Hinnahme deshalb mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre.

V. Institutgarantie (Kerngehalt)⁶⁷

Kerngehalt der Eigentumsgarantie ist die **Institutsgarantie**. Die Abschaffung oder Aushöhlung des Eigentums als Rechtsinstitut ist absolut verboten. Als Eingriff in die Institutsgarantie gilt bspw. eine **konfiskatorische Besteuerung**. Auch eine Ersetzung des Eigentums durch **staatlich verliehene Nutzungsrechte** oder ein **uneingeschränktes Vorkaufsrecht des Gemeinwesens** würde die Institutsgarantie berühren.

VI. Wertgarantie

Greift der Staat rechtmässig in die Bestandesgarantie ein, besteht ein Anspruch auf *volle Entschädigung* des Wertverlusts, dies allerdings nur in den in Art. 26 Abs. 2 BV vorgesehenen Fällen

- Formelle Enteignung
- Materielle Enteignung

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

- wenn sie *relativ leicht* wiegen, oder
- wenn sie, obwohl schwer, als *polizeilich motivierte* Eigentumsbeschränkungen die Grundeigentümer selber oder andere Personen schützen sollen (z.B. Vorschriften über den Gebäudeabstand zum Waldrand oder Bauverbot in einer Lawinengefahrzone)

VI. Wertgarantie

1. Prüfung Art. 36 BV (Bestandes – und Institutsgarantie)

- 1) Fällt der Vorgang unter den sachlichen und persönlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie?
- 2) Stellt der Vorgang eine Einschränkung des sachlichen Schutzbereichs dar?
- 3) Vereinbarkeit mit Art. 36 BV?

⁶⁵ Es gibt 2 Fälle in welchen eine materielle Einschränkung voll Entschädigt wird.

⁶⁶ Dazu Es gibt 2 Fälle in welchen eine materielle Einschränkung voll Entschädigt wird sowie Vorlesung 11, F. 19 – 22.

⁶⁷ Siehe Vorlesung 11, F. 24.

Bei verfassungskonformer Einschränkung der Bestandesgarantie



2. *Prüfung Entschädigungspflicht (Wertgarantie)*

4. Liegt eine formelle oder materielle Enteignung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 BV vor, die zu entschädigen ist?

2. WIRTSCHAFTSFREIHEIT (Art. 27 BV und 94 BV)

I. Verankerung

Art. 27 BV Wirtschaftsfreiheit
¹ Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet.
² Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.

Art. 94 BV Grundsätze der Wirtschaftsordnung
¹ Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.
² Sie wahren die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft und tragen mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung bei.
³ Sie sorgen im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für günstige Rahmenbedingungen für die private Wirtschaft.
⁴ Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.

Die Wirtschaftsfreiheit ist weder in der Europäischen Menschenrechtskonvention noch in den beiden UNO-Menschenrechtspakten verankert. Es finden sich jedoch menschenrechtliche Garantien, die einen Bezug zur Wirtschaftsfreiheit aufweisen:

- Verbot von Sklaverei sowie Zwangs- und Pflichtarbeit (Art. 4 EMRK und Art. 8 UNO-Pakt II)
- Gemäss EGMR-Rechtsprechung: kommerzielle Werbung als Aspekt der Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 10 EMRK)
- Berufswahlfreiheit (Art. 6 Ziff. 1 UNO-Pakt I)
- Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit (Art. 7 lit. a (i) UNO-Pakt I)

II. Funktion ⁶⁸

Heute erfüllt die Wirtschaftsfreiheit drei unterschiedliche Funktionen, welche eng zusammenhängen, sich aber auf je eigene verfassungsrechtliche Grundlagen stützen.

1. Individualrechtliche Funktion

Anspruch des Einzelnen auf wirtschaftliche, insbesondere berufliche Entfaltung.

- Primär abwehrrechtliche Funktion (z.B. freie Wahl und Ausübung des Berufes)
- Recht auf bedingte Nutzung des öffentlichen Grundes
- Gleichbehandlung der Konkurrenten

2. Wirtschaftspolitisch – institutionelle Funktion

Schutz einer Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs, die auf dem Gedanken der Privatautonomie beruht und sich an marktwirtschaftlichen Prinzipien orientiert.

- Verpflichtet Bund und Kantone zur Schaffung der Voraussetzungen, die für das Funktionieren der Privatwirtschaft und zur Vermeidung von Missbräuchen notwendig sind (z.B. UWG, KG).

3. Bundesstaatliche Funktion

Schaffung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums (Abbau kantonaler Handelshemmnisse)

⁶⁸ Siehe Vorlesung 12, F. 6 – 9.

- Wird heute explizit in Art. 95 Abs. 2 BV normiert.

III. Schutzbereich

1. *Persönlicher Schutzbereich*

Der persönliche Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erstreckt sich sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen des Privatrechts. Selbständig und unselbstständig Erwerbende sind gleich geschützt.

Neben Schweizer Staatsangehörigen auch alle ausländischen Personen, die in der Schweiz fremdenpolizeilich uneingeschränkt auf dem Arbeitsmarkt zugelassen sind

- Niederlassungsbewilligung, ausländerrechtlicher oder staatsvertraglicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung
- Schutz der EU-Bürger durch das Freizügigkeitsabkommen (FZA)

2. *Schutzobjekt*

Jede gewerbsmässig ausgeübte private wirtschaftliche Betätigung, die der Erzielung eines Gewinns oder Erwerbs- bzw. Geschäftseinkommens dient. Keine Rolle spielt, ob die wirtschaftliche Betätigung selbstständig oder unselbstständig, haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder nur gelegentlich erfolgt.

3. *Geschützte Ansprüche*⁶⁹

- **Freiheit der Berufswahl**
- **Freiheit des Berufszugangs**
- **Freiheit der Berufs- und Geschäftsausübung**
- **Vertragsfreiheit**
- Bedingter Anspruch auf Benützung des öffentlichen Grundes (insbesondere von Bedeutung für Strassenkünstler, Marktfahrer oder Zirkusunternehmen)
 - ⇒ Also durch die Wirtschaftsfreiheit ist der Anspruch zur Benutzung des öffentlichen Grundes geschützt. Also beispielsweise Strassenkünstler dürfen auf öffentlichem Grund Shows darbieten (im Sinne eines Leistungsrechts) und so Geld verdienen, dies aber bedingt. Bedingt bedeutet hier, dass allenfalls eine Bewilligung eingeholt werden muss. Nicht dass ein öffentlicher Raum nur noch Platz von Shows ist und die Leute sich darüber ärgern.
- Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten

4. *Schutzobjekt*

Der Kerngehalt bestimmt sich jeweils vor dem Hintergrund der verschiedenen justiziablen Funktionen der Wirtschaftsfreiheit.

- **Im Rahmen der individualrechtlichen Funktion**
 - Kerngehaltswidrig sind staatliche Zwangsmassnahmen zum Erlernen eines Berufs oder zur Ausübung einer Erwerbs- oder Geschäftstätigkeit
 - Absolut verboten ist ausserdem die Zwangsarbeit
 - Art. 27 BV.

⁶⁹ Siehe Vorlesung 12, F. 13.

- **Im Rahmen der wirtschaftspolitischen Funktion**
 - Institut der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung
 - In der Lehre wird auch das Institut der Vertragsfreiheit als unantastbar betrachtet
 - Art. 94 BV.

IV. Prüfschema Wirtschaftsfreiheit

1. Fällt der Vorgang unter den sachlichen und persönlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit?
2. Stellt der Vorgang eine Einschränkung des sachlichen Schutzbereichs dar?
3. **Ist diese Einschränkung verfassungskonform?**
 - a. **Vereinbarkeit mit Art. 94 BV?**
 - i. **Grundsatzkonformität?**
 - ii. **Bei Grundsatzwidrigkeit: Grundlage in BV oder kantonalem Regalrecht?**
 - b. Vereinbarkeit mit Art. 36 BV?
 - i. Besteht eine genügende gesetzliche Grundlage? (Art. 36 Abs. 1 BV)
 - ii. Besteht ein legitimer Rechtfertigungsgrund? (Art. 36 Abs. 2 BV)
 - iii. Ist die Einschränkung verhältnismässig? (Art. 36 Abs. 3 BV)
 - iv. Ist der Kerngehalt betroffen? (Art. 36 Abs. 4 BV)
 - c. **Vereinbarkeit mit dem Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten?**
 - i. **Direkte Konkurrenten?**
 - ii. **Ungleichbehandlung?**
 - iii. **Bei Ungleichbehandlung: Ernsthafte sachliche Gründe und hinreichend wettbewerbsneutral?**

V. Vereinbarkeit mit Art. 94 BV

1. Grundsatzkonformität

Eine Einschränkung ist *grundsatzkonform*, wenn sie grundsätzlich wettbewerbsneutral und nicht wirtschaftspolitisch motiviert ist, d.h. *nicht darauf abzielt, Marktmechanismen wie das freie Spiel von Angebot und Nachfrage zu beeinträchtigen oder auszuschalten*.

Grundsatzkonform sind gemäss Bundesgericht *polizeiliche oder sozialpolitische* Massnahmen sowie die durch die Erfüllung anderer öffentlicher Interessen gebotenen Massnahmen – mit Ausnahme der wirtschaftspolitischen –, und zwar grundsätzlich auch dann, wenn diese faktisch eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben.

Eine *grundsatzwidrige* Einschränkung liegt vor, wenn sie von ihrer primären Zielsetzung her *den freien Wettbewerb beeinträchtigen oder behindern soll*, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu begünstigen oder die privatwirtschaftliche Tätigkeit oder die Wettbewerbsordnung auszuschalten bzw. das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken.

⇒ Beispiel: Standespolitische Massnahmen, die eine bestehende Berufsgruppe vor neuer Konkurrenz schützen.

Ausschlaggebend für die *Unterscheidung* zwischen grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Massnahmen ist primär das *Regelungsmotiv* der Einschränkung. Soweit eine staatliche Massnahme von ihrer primären Zielsetzung her wettbewerbsneutral ist, gilt sie als grundsatzkonform, auch wenn sie gewisse wirtschaftslenkende oder wettbewerbsverzerrende *Nebeneffekte* nach sich zieht

- Teile der Lehre kritisieren diese Fokussierung auf das Regelungsziel und wollen auch auf die Wirkungen abstellen
- Ein Problem liegt ferner darin, dass unter dem Deckmantel eines an sich zulässigen Regelungsmotivs der Wettbewerb eingeschränkt werden kann.⁷⁰

2. Grundsatzwidrige Einschränkungen

Art. 94 BV Grundsätze der Wirtschaftsordnung

¹ Bund und Kantone **halten sich** an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.

⁴ Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie **in der Bundesverfassung vorgesehen** oder **durch kantonale Regalrechte begründet** sind.

Grundsatzwidrige Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind gemäss Art. 94 Abs. 1 BV unzulässig. Eine Ausnahme von diesem Verbot wird in Art. 94 Abs. 4 BV formuliert, wenn:

- in der BV vorgesehen
- durch kantonale Regalrechte begründet

Ermächtigung in der Bundesverfassung

Die Ermächtigung in der BV kann explizit oder implizit sein

- *Explizite Abweichungsermächtigung*: z.B. Konjunkturpolitik (Art. 100 Abs. 3 BV), Aussenwirtschaftspolitik (Art. 101 Abs. 2 BV), Landesversorgung (Art. 102 Abs. 2 BV), Strukturpolitik (Art. 103 BV), Landwirtschaft (Art. 104 Abs. 2 BV)

Art. 100 BV Konjunkturpolitik

³ Im Geld- und Kreditwesen, in der Aussenwirtschaft und im Bereich der öffentlichen Finanzen kann er **nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen**.

Art. 104 BV Landwirtschaft

² Ergänzend zur zumutbaren Selbsthilfe der Landwirtschaft und **nötigenfalls abweichend vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit** fördert der Bund die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe.

- *Implizite Abweichungsermächtigung*, indem Monopole bzw. Konzessionssysteme festgelegt werden: Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger (Art. 87 BV), Kernenergie (Art. 90 BV), Errichtung und Betrieb von Spielbanken (Art. 106 Abs. 2 BV)

Art. 87 BV Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger

Die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie über die Luft- und Raumfahrt ist Sache des Bundes.

Art. 90 BV Kernenergie

Die Gesetzgebung auf dem Gebiet der Kernenergie ist Sache des Bundes.

⁷⁰ Siehe Vorlesung 12, F. 19.

Auch verfassungsrechtlich abgestützte grundsatzwidrige Massnahmen des Bundes müssen die Voraussetzungen von Art. 36 BV einhalten, sofern das Individualrecht nach Art. 27 BV tangiert wird.

Ermächtigung durch kantonale Regalrechte

Die Kantone dürfen bei den sog. historischen Regalrechten (Jagd- und Fischereiregal, Bergregal, Salzmonopol sowie Gewässerhoheit) vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen

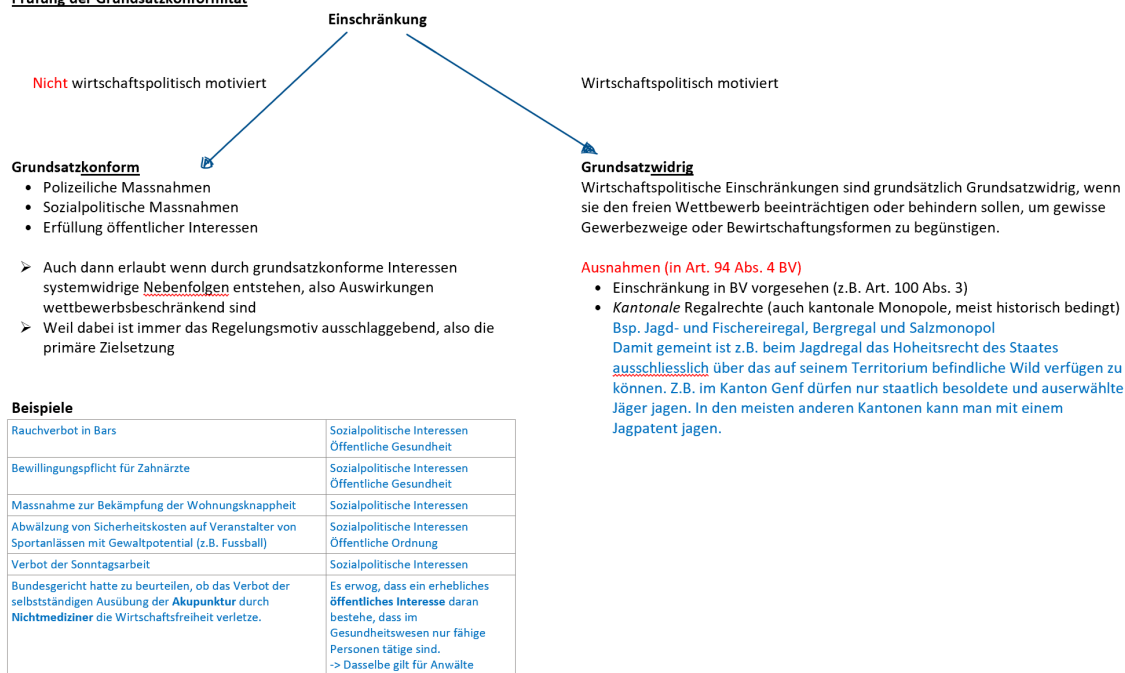
- o Diese Regalrechte dürfen auch primär fiskalischen Interessen dienen
- o Die historischen kantonalen Regale sind vom Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit ausgenommen

Das Bundesgericht gestattet den Kantonen ausserdem die Einführung neuer Monopole zu, die allerdings *nicht fiskalischen Interessen* dienen dürfen

- o Diese neuen Monopole fallen nicht unter die Ausnahme von Art. 94 Abs. 4 BV und müssen deshalb grundsatzkonform sein
- o Die Errichtung neuer kantonalen Monopole stellt zudem eine schwere Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit dar, die den Voraussetzungen von Art. 36 BV standhalten muss⁷¹

Prüfung der Grundsatzkonformität

Prüfung der Grundsatzkonformität



VI. Gleichbehandlung der Konkurrenten

1. Funktion

Als Ausdruck der wirtschaftspolitischen Funktion von Art. 27 BV darf der Wettbewerb unter direkten Konkurrenten nicht durch staatliche Massnahmen beeinträchtigt werden (vgl. auch Art. 94 Abs. 4 BV).

Vor diesem Hintergrund gesteht die Rechtsprechung den direkten Konkurrenten gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit einen über die Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV hinausgehenden Anspruch auf Gleichbehandlung durch den Staat zu.

⁷¹ Siehe Vorlesung 12, F. 24 – 27.

2. Direkte Konkurrenten, zulässige Ungleichbehandlungen

- **Anspruch nur unter direkten Konkurrenten:** Ein Verhältnis direkter Konkurrenz ist gegeben, wenn sich Marktteilnehmer der gleichen Branche mit dem *gleichen Angebot* an das *gleiche Publikum* richten, um das *gleiche Bedürfnis* zu befriedigen;
- **Keine absolute Geltung:** Ungleichbehandlungen erweisen sich als zulässig, wenn sie sich auf *ernsthafte sachliche Gründe* stützen und zudem *hinreichend wettbewerbsneutral* sind.⁷²

⁷² Siehe Vorlesung 12, F. 30 – 37.

Teil 6: Gleiche und Gerechte Behandlung

1. WILLKÜRVERBOT (Art. 9 BV)

I. Verankerung

Art. 9 BV Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben

Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen **ohne Willkür** und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.

Die Private hingegen dürfen Willkürlich handeln. Also das Willkürverbot gilt nur für Öffentlich – rechtliche Verwaltungen. Die Menschenrechtsverträge enthalten keine ausdrücklichen Willkürverbote. Allerdings wird aus dem Gleichheitsgebot von Art. 26 Satz 1 UNO-Pakt II der Schutz vor willkürlicher Rechtsanwendung abgeleitet.

II. Funktion

Das Willkürverbot sichert dem Einzelnen im Umgang mit den Behörden ein Mindestmass an Gerechtigkeit zu und gehört damit zu den

- **Unverzichtbare Grundlage des Rechtsstaates:** Das Willkürverbot sichert jeder Person im Umgang mit Behörden ein *Mindestmass an Gerechtigkeit* zu

Besondere Bedeutung kommt ihm als eine Art **Auffanggrundrecht** dort zu, wo ein Hoheitsakt nicht in den persönlichen oder sachlichen Geltungsbereich eines anderen verfassungsmässigen Grundrechtes eingreift.

III. Schutzbereich

1. *Persönlicher Schutzbereich*

Das Willkürverbot schützt alle natürlichen Personen unabhängig von ihrer Nationalität. Das Willkürverbot schützt alle juristischen Personen unabhängig von ihrem Sitz oder Gründungsort. Gemeinden können im Rahmen der Gemeindeautonomiebeschwerde Verletzungen des Willkürverbotes geltend machen.

2. *Überblick: Schutzobjekt und geschützte Ansprüche*

Art. 9 BV schützt vor willkürlichem Verhalten der Behörden, unbesehen des betroffenen Lebensbereichs oder Rechtsgebiets. Willkürlich ist ein im groben Masse unrichtiger Akt, dessen Fehlerhaftigkeit offen zutage tritt. Begriffswesentliche Elemente willkürlicher Hoheitsakte sind die:

- Qualifizierte Unrichtigkeit
- Offenkundigkeit seiner Fehlerhaftigkeit

Das Willkürverbot bindet sowohl den Gesetzgeber als auch die rechtsanwendenden Behörden

- Schutz vor Willkür in der Rechtsetzung
- Schutz vor Willkür in der Rechtsanwendung⁷³

⁷³ Siehe Vorlesung 13, F. 7 – 9.

3. Willkür in der Rechtsanwendung⁷⁴

Willkür in der Rechtsanwendung ist in drei Konstellationen relevant.

- **Auslegung und Anwendung von Rechtssätzen:** Qualifiziert falsche Auslegung und Anwendung von Rechtssätzen (z.B. grundloses Abweichen vom Wortlaut, klare Subsumtionsfehler, tiefgreifend widersprüchlich etc.)
- **Ausübung von Ermessen:** Qualifizierte Ermessensfehler (z.B. gänzliches Fehlen sachlicher Gründe, schikanös oder klar ungerecht)
- **Feststellung des Sachverhalts:** Qualifiziert fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts (den Tatsachen klar widersprechende Sachverhaltsfeststellungen, unhaltbare Beweiswürdigung)

4. Einschränkungen und Kerngehalt

Das Willkürverbot gilt **absolut**, Einschränkungen sind nicht zulässig.

⁷⁴ Siehe Vorlesung 13, F. 11 – 15.

2. TREU UND GLAUBEN (Art. 9 BV)

I. Verankerung

Art. 9 BV Schutz vor Willkür und Wahrung von Treu und Glauben

Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und **nach Treu und Glauben** behandelt zu werden.

Art. 5 BV Grundsätze rechtstaatlichen Handelns

³ Staatliche Organe und Private handeln **nach Treu und Glauben**.

Art. 2 ZGB Handeln nach Treu und Glauben

¹ Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln.

² Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.

- **Art. 9 BV** verankert den Anspruch auf Treu und Glauben als *justiziables Individualrecht* gegenüber dem Staat
- **Art. 5 Abs. 3 BV** stellt einen verfassungsrechtlichen Grundsatz auf, stellt jedoch kein Individualrecht dar
- Art. 2 ZGB verankert das Gebot von Treu und Glauben für die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten

II. Funktion

Für das Funktionieren des Rechtssystems ist von fundamentaler Bedeutung,

- dass sich Private und Behörden in ihrem Rechtsverkehr nicht widersprüchlich verhalten
- dass sie die ihnen zustehenden Rechte nicht missbräuchlich einsetzen
- dass begründetes Vertrauen in ein Verhalten des anderen Rechtsteilnehmers geschützt wird.

III. Schutzbereich

1. *Persönlicher Schutzbereich*

Auf den Anspruch, vom Staat nach Treu und Glauben behandelt zu werden, können sich natürliche und juristische Personen ungeachtet ihrer Nationalität bzw. ihres Sitzes berufen.

2. *Überblick: Schutzobjekt und geschützte Ansprüche*

Die vom Grundsatz von Treu und Glauben geschützten Ansprüche lassen sich nicht allgemein umschreiben. Vielmehr hat das Bundesgericht die Garantie in verschiedene Teilgehalte aufgefächert, welche je eigenen Schrankenregeln folgen.

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

3. *Anspruch auf Schutz des Vertrauens ins behördliche Auskünfte und Zusicherung*

1. Die Auskunft der Behörde bezog sich auf eine *konkrete Angelegenheit* und wurde *vorbehaltlos* erteilt
2. Die Behörde war für die Auskunft *zuständig* oder der Private durfte im Fall fehlender Zuständigkeit sie auszureichenden Gründen als zuständig erachten
3. Die Auskunft war *nicht offensichtlich unrichtig* und ihre Unrichtigkeit musste daher nicht erkannt werden
4. Aufgrund der Auskunft hat der Private *Dispositionen* getroffen, die er nicht ohne Nachteil rückgängig machen kann

5. Die Rechts- und Sachlage ist seit der Auskunft *unverändert geblieben* (gilt grundsätzlich nicht bei Zusicherungen)

Auch wenn die Voraussetzungen für den Schutz des Vertrauens der Privaten erfüllt sind, bleibt abzuwägen, ob ausnahmsweise das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung nicht dennoch dem Vertrauensschutz vorzugehen hat. Zusätzlich ist deshalb zu prüfen:

6. Das Interesse an der *richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts überwiegt nicht* dasjenige des Vertrauensschutzes.

⇒ Beispiel: Unrichtige Auskunft eines Gemeindefreischreibers im Zusammenhang mit politischen Rechten: «Das Interesse an einer korrekten, den gesetzlichen Regeln entsprechenden demokratischen Willensbildung ist aber sehr hoch einzustufen, was der Möglichkeit, aus Gründen des Vertrauensschutzes vom Gesetz abzuweichen, Schranken setzt.» (ZBl 86/1985, S. 260 ff., S. 266)⁷⁵

Unterscheidung Auskünfte und Zusicherungen

Auskünfte machen *Seinsaussagen*, Zusicherungen dagegen *Sollensaussagen*. Unter Auskunft kann eine Weitergabe von Informationen über Tatsachen oder Meinungen verstanden werden. Eine Auskunft ist daher eine provisorische Aussage. Mit einer Zusicherung gibt die Behörde dagegen ein Versprechen ab.

⇒ *Beispiel*: Die Pensionskasse muss sich auf der gesetzwidrigen Zusicherung über die zu erwartende Altersrente behaften lassen, wenn der Versicherte darauf vertraute und vorzeitig in Rente ging (BGE 107 Ia 193 E. 3d)

4. Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens

Rechtsmissbrauch bedeutet die zweckwidrige Verwendung eines Rechtsinstituts zur Verwirklichung von Interessen, die dieses Institut nicht schützen will.

⇒ *Beispiel*: Kantonale Behörde verzögert ein Verfahren um elf Jahre, worauf der Private unter das neue, für ihn ungünstigere Recht fällt (BGE 110 Ib 332)

5. Verbot widersprüchlichen Handelns

Verletzt, wenn Behörden von einem verbindlich eingenommenen Standpunkt *ohne sachliche Rechtfertigung* abweichen und dem Einzelnen dadurch ein Nachteil entsteht.

⇒ *Beispiel 1*: Hat eine Verfahrenspartei gestützt auf eine unrichtige Belehrung ein Rechtsmittel ergriffen, das ihr gar nicht zusteht, ist es widersprüchlich und damit treuwidrig, ihr deswegen die Verfahrenskosten aufzuerlegen (BGE 122 I 57 E. 3d)

⇒ *Beispiel 2*: Kein Verstoss gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens liegt vor, wenn der Betreuer einer Masterarbeit bei der Korrektur bemängelt, dass gewisse Themenbereiche nicht behandelt

⁷⁵ Siehe Vorlesung 13, F. 25 – 28.

wurden, deren Fehlen er bei der Besprechung der Disposition nicht kritisiert hatte (BGE 136 I 229 E. 6.4 f., siehe nächste Folie).⁷⁶

6. Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber

Rechtsetzende Normen sind im Verfahren der Gesetzgebung grundsätzlich jederzeit abänderbar. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben können sich allerdings gewisse Schranken ergeben, insbesondere:

- *Rückwirkungsverbot*: Gilt jedoch grundsätzlich nur, wenn das umstrittene Verhalten vor der Rechtsänderung abgeschlossen war (echte Rückwirkung); grundsätzlich keine Anwendung bei Dauerrechtsverhältnissen, d.h. Verhältnisse die unter dem alten Recht begründet wurden, aber noch andauern (unechte Rückwirkung)
- Der Grundsatz von Treu und Glauben kann verlangen, dass der Gesetzgeber genügend lange *Übergangsfristen* schafft, damit die Betroffenen umdisponieren können
- Ausdrücklich verboten sind rückwirkende Strafnormen (Art. 7 Abs. 1 EMRK, Art. 2 Abs. 1 StGB)⁷⁷

7. Einschränkungen und Kerngehalt

Die verschiedenen Teilgehalte des Gebots von Treu und Glauben gelten grundsätzlich absolut. Wie erwähnt, kann jedoch das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung ausnahmsweise dem Vertrauensschutz vorgehen.

⁷⁶ Siehe Vorlesung 13, F. 32.

⁷⁷ Siehe Vorlesung 13, F. 34.

3. RECHTSGLEICHHEIT (Art. 8 Abs. 1 BV)

I. Verankerung

Art. 8 BV Rechtsgleichheit

¹ Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

Art. 26 UNO-Pakt II

Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz.

II. Funktion

Das Bundesgericht hat die fundamentale Bedeutung des Gleichheitsprinzips für den Rechtsstaat schon in seiner frühesten Rechtsprechung hervorgehoben (BGE 6 I 171, E. 1, S. 173): *«Bedeutung und Tragweite des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetze (...) bestimmt (...) sich dadurch, dass dasselbe ein Postulat staatlicher Gerechtigkeit ist. Als solches ist dieser Grundsatz (...) als allgemeines, die gesamte Rechtsordnung beherrschendes Prinzip aufzufassen (...).»*

Die Gleichbehandlung der Menschen stellt einen *zentralen Aspekt einer gerechten staatlichen Ordnung* dar. Die Rechtsgleichheit ist nicht auf einzelne Rechtsbereiche beschränkt, ihr kommt *Querschnittscharakter* zu.

III. Schutzbereich

1. *Persönlicher Schutzbereich*

Das Rechtsgleichheitsgebot schützt alle natürlichen Personen unabhängig von ihrer Nationalität.

Das Rechtsgleichheitsgebot schützt auch alle juristischen Personen des Privatrechts; der Wortlaut von Art. 8 Abs. 1 BV, der «Menschen» als Träger des Anspruchs nennt, erweist sich als zu eng.

Auch juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich auf die Rechtsgleichheit berufen (z.B. Gemeinden im Fall der Ungleichbehandlung seitens des Kantons, BGE 131 I 91 E. 3.4).

2. *Überblick: Schutzobjekt und geschützte Ansprüche*

Obwohl der Normtext von Art. 8 Abs. 1 BV nur die Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz anspricht, bindet die Bestimmung sowohl die rechtsanwendenden Behörden als auch die rechtsetzenden Organe

- Gleichheit in der *Rechtsanwendung*
- Gleichheit in der *Rechtsetzung*

Relative Gleichheit: *«Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird.»* (BGE 134 I 23 E. 9.1)

- *Gleichbehandlungsgebot*: Gleiches ist gleich zu behandeln ➤ *Differenzierungsgebot*: Ungleiches ist ungleich zu behandeln.⁷⁸

3. *Gleichheit vor dem Gesetz: Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung*

Der allgemeine Gleichheitssatz als Gebot sachlicher Differenzierung verbietet bei der Rechtsanwendung, zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich zu behandeln: *«Es dürfen keine Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen, über die zu entscheiden ist, nicht gefunden werden kann.»* (BGE 117 Ia 257 E. 3b)

Problematisch sind insbesondere Praxisänderungen und Gleichbehandlungen im Unrecht

⁷⁸ Siehe Vorlesung 14, F. 7.

4. Prüfprogramm: Allgemeine Hinweise

Im Ergebnis führt dies mit Blick auf das **Gleichbehandlungsgebot** zu folgendem Prüfprogramm:

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

Für das **Differenzierungsgebot** gilt entsprechend:

1. Befinden sich die betroffenen Personen mit Blick auf den rechtserheblichen Sachverhalt in einer *nicht vergleichbaren* Situation?
2. Werden sie durch den Gesetzgeber bzw. den Rechtsanwender dennoch *gleichbehandelt*?
3. Liegen für die Gleichbehandlung *sachliche* Gründe vor?

5. Vergleichbare Situation

Die Anwendung des Gleichheitssatzes setzt begriffsnotwendig zwei nicht identische Sachverhalte voraus, die im Hinblick auf ihre rechtliche Behandlung – Gleichbehandlung oder Differenzierung – auf der Basis eines bestimmten Kriteriums («*tertium comparationis*») miteinander verglichen werden. Die Vergleichbarkeit der Situationen muss nicht generell, sondern gerade im Hinblick auf die konkrete Regelung oder Rechtsanwendung gegeben sein. Das Gebot der Rechtsgleichheit gilt nur zwischen verschiedenen Rechtssubjekten und erfasst nicht zwei Sachverhalte, die denselben Rechtsträger betreffen (BGer 2A.16/2005 E. 3)

6. Sachlicher Grund

Die Antwort auf die Frage nach der sachlichen Begründetheit einer Ungleichbehandlung oder eines Verzichts auf eine Differenzierung ist oft eine Wertungsfrage. Diese lässt sich nicht ein für alle Mal abstrakt beantworten.

- «Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, **kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Verhältnissen.**» (BGE 137 V 121 E. 5.3).⁷⁹

IV. Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung

1. Grundsatz

Wird eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots durch die Rechtsetzung behauptet, ist zu prüfen, ob sachliche Gründe eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte bzw. eine Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte rechtfertigen. Dem Gesetzgeber bleibt ein weiter Gestaltungsspielraum, den das Bundesgericht nicht durch eigene Gestaltungsvorstellungen schmälert. Aufgrund der föderalistischen Staatsstruktur der Schweiz verletzt ausserdem eine unterschiedliche Regelung der gleichen Materie in verschiedenen Kantonen oder Gemeinden das Rechtsgleichheitsgebot nicht.⁸⁰

⁷⁹ Siehe Vorlesung 14, F. 13 – 14.

⁸⁰ Siehe Vorlesung 14, F. 16 – 20.

V. Rechtsgleichheit in der Rechtsanwendung

1. Grundsatz

Das Gebot der Rechtsgleichheit ist besonders wichtig, wenn die Gesetzgebung offen formuliert ist und den rechtsanwendenden Behörden einen breiten Ermessensspielraum belässt. Wird bei der Anwendung solcher Normen eine Praxis entwickelt, muss sie sich am Rechtsgleichheitsgebot ausrichten.

2. Erfordernis der gleichen Behörde

Eine Verletzung des Gleichheitsgebots setzt voraus, dass die gleiche Behörde einen bestimmten Erlass rechtsungleich anwendet. Keine Grundrechtsverletzung liegt vor, wenn ein Bundesgesetz in verschiedenen Kantonen unterschiedlich ausgelegt wird, solange die verschiedenen Auslegungen je bundesrechtskonform sind.⁸¹

3. Praxisänderungen: Voraussetzungen

1. Es liegen *ernsthafte und sachliche Gründe* für die Praxisänderung vor
2. Die Änderung erfolgt in *grundsätzlicher* Weise
3. Das *Interesse* an der *neuen, als richtig erkannten* Rechtsanwendung muss die gegenläufigen Rechtssicherheitsinteressen *überwiegen*
4. Die Praxisänderung muss *angekündigt* werden, wenn sie mit einem Rechtsverlust verknüpft ist⁸².

4. Gleichbehandlung im Unrecht: Voraussetzungen

1. Die Behörde weicht in *ständiger* Praxis vom Gesetz ab oder unterlässt systematisch den Gesetzesvollzug
2. Die Behörde gibt zu erkennen, dass sie *auch in Zukunft nicht gesetzeskonform* entscheiden bzw. handeln wird
3. Es bestehen *keine überwiegenden* Gesetzmässigkeitsinteressen oder überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter.⁸³

⁸¹ Siehe Vorlesung 14, F. 23 – 24.

⁸² Siehe Vorlesung 14, F. 26.

⁸³ Siehe Vorlesung 14, F. 28 – 29.

3. DISKRIMINIERUNGSVERBOT (Art. 8 Abs. 2 BV)

I. Verankerung

Art. 8 BV Rechtsgleichheit

² **Niemand darf diskriminiert werden**, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

Art. 14 EMRK 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.

II. Funktion

Das Diskriminierungsverbot schützt Personen, die Opfer von Ausgrenzungen und Benachteiligungen sind wegen

- ihrer *Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe* (z.B. Religion, Sprache, Herkunft)
- *bestimmter angeborener Merkmale* (z.B. Geschlecht, Alter)
- *zugeschriebener Eigenschaften* (z.B. Rasse)

Das Diskriminierungsverbot soll wie das Gleichbehandlungsgebot unzulässige Unterscheidungen verhindern

- Es stellt aber *höhere Anforderungen an die Rechtfertigung* von Differenzierungen
 - ⇒ **STRENGER!** Aber es ist unterschiedlich streng bezüglich der verschiedenen Themenbereiche.

III. Schutzbereich

1. *Persönlicher Schutzbereich*

Geschützt sind einzig natürliche Personen. Juristische Personen können sich nicht auf das Diskriminierungsverbot berufen (BGE 139 I 242 E. 5.3)

2. *Überblick: Schutzobjekt und geschützte Ansprüche*

Eine Diskriminierung unterscheidet sich in zweierlei Hinsicht von einer «gewöhnlichen» Ungleichbehandlung nach Art. 8 Abs. 1 BV

- Bei der Diskriminierung knüpft die Ungleichbehandlung direkt oder indirekt an *verpönte Merkmale* an
- Es vermögen nicht bereits sachliche Gründe, sondern nur *ernsthafte und triftige Gründe* eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

3. *Verpönte Anknüpfungspunkte*

In Art. 8 Abs. 2 BV werden eine Reihe verpönter Merkmale aufgezählt:

- Herkunft
- Rasse
- Geschlecht
- Alter
- Sprache
- Soziale Stellung

- Lebensform
- Religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung
- Körperliche, geistige oder psychische Behinderung

Diese Aufzählung ist gemäss Wortlaut («namentlich») nicht abschliessend.⁸⁴

4. Rechtfertigungsgründe

Ungleichbehandlungen von Menschen mit diskriminierungsrelevanten Merkmalen begründen den *Verdacht der Unzulässigkeit*.

- Dieser Verdacht wird widerlegt, wenn die Unterscheidung durch *qualifizierte* (und nicht bloss sachliche) *Gründe* gerechtfertigt werden kann

Die qualifizierte Rechtfertigung erfordert eine Verhältnismässigkeitsprüfung

- Es müssen *zulässige öffentliche Interessen* verfolgt oder erreicht werden
- die Benachteiligung in Bezug auf das verfolgte Ziel muss *geeignet, erforderlich und zumutbar* sein.⁸⁵

IV. Kategorien möglicher Diskriminierungen

1. Überblick

- Nach dem Anknüpfungsmerkmal: *direkte* und *indirekte* Diskriminierung (verpöntes Merkmal oder neutrales Kriterium mit diskriminierenden Auswirkungen).
- Nach dem Kriterium der gleichzeitigen Beeinträchtigung anderer Grundrechte: *selbstständige* und *akzessorische* Diskriminierung (im Rahmen der Beschränkung eines anderen Grundrechts, z.B. Diskriminierung beim Grundschulunterricht).
- Nach der Natur des Hoheitsaktes: Diskriminierung *in der Rechtsetzung* und *in der Rechtsanwendung*
 - ⇒ In all diesen Fällen ist eine Diskriminierungsabsicht nicht erforderlich, es genügt ein diskriminierender Effekt

2. Direkte und indirekte Diskriminierung

Direkte Diskriminierung: Benachteiligung ausdrücklich auf der Basis eines verpönten Merkmals.

Prüfprogramm *direkte* Diskriminierung

1. Werden Personen in *vergleichbaren Situationen* durch den Erlass oder Einzelakt *ungleich behandelt*?
2. Hat diese Differenzierung eine *Benachteiligung* der Betroffenen zum Ziel oder zur Folge?
3. Knüpft die Differenzierung *ausdrücklich* an ein verfassungsrechtlich verpöntes Merkmal an?
4. Ist die Ungleichbehandlung *ungerechtfertigt*, weil die Differenzierung nicht auf ernsthaften und triftigen Gründen beruht, d.h. entweder keine zulässigen öffentlichen Interessen verfolgt oder die Benachteiligung in Bezug auf das legitimierweise verfolgte Ziel ungeeignet, nicht erforderlich oder unzumutbar ist?

⁸⁴ Siehe Vorlesung 14, F. 36 – 37.

⁸⁵ Siehe Vorlesung 14, F. 39.

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

- durch *Ungleichbehandlung*, wenn eine Norm oder ein Rechtsanwendungsakt eine Differenzierung vornimmt, die an einem neutralen Kriterium anknüpft, aber ausschliesslich oder überwiegend Angehörige einer Gruppe mit einem bestimmten verpönten Merkmal benachteiligt
- durch *Gleichbehandlung*, wenn eine Regelung oder ein Rechtsanwendungsakt alle gleich behandelt, aber gerade dadurch ausschliesslich oder überwiegend Angehörige einer Gruppe mit einem bestimmten verpönten Merkmal benachteiligt

Prüfprogramm *indirekte Diskriminierung*

1. Ist der Erlass oder Einzelakt begrifflich *neutral* gefasst, d.h., knüpft er nicht ausdrücklich an einem verpönten Merkmal an?
2. Benachteiligt eine *Ungleichbehandlung*, die an ein neutrales Kriterium anknüpft, oder eine *Gleichbehandlung*, d.h. das Fehlen einer Differenzierung, in ihren praktischen Auswirkungen *ausschliesslich oder überwiegend* Menschen mit einem verpönten Merkmal?
3. Ist die Ungleichbehandlung – oder Gleichbehandlung – *ungerechtfertigt*, d.h., beruht die Differenzierung – oder das Fehlen einer solchen – nicht auf ernsthaften und triftigen Gründen? Solche Gründe fehlen, wenn die verfolgten Ziele unzulässig sind oder die Benachteiligung ungeeignet, nicht erforderlich oder unzumutbar ist, um ein legitimes Ziel zu verfolgen

Indirekte Diskriminierungen lassen sich mitunter nur *beseitigen*, indem auf die spezielle Situation der Betroffenen Rücksicht genommen wird

- Z.B. Nachteilsausgleich bei Prüfungen

Davon zu unterscheiden sind Förderungsmassnahmen, die über die Beseitigung indirekter Diskriminierung hinausgehen und einer bestimmten Personengruppe Vorteile einräumen, die zulasten anderer gehen, d.h. sie *privilegieren*

- Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV: rechtliche und tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter
- Art. 8 Abs. 4 BV: Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten

Beide Förderaufträge richten sich nur an den Gesetzgeber und schaffen keine subjektiven grundrechtlichen Ansprüche.⁸⁶

V. Exkurs: Förderungsmassnahmen

1. Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Förderungsmassnahmen

1. Die Privilegierung dient der Beseitigung einer aktuellen, tatsächlichen gesellschaftlichen Schlechterstellung der betroffenen Gruppe
2. Die Privilegierung muss eine formell-gesetzliche Grundlage haben

⁸⁶ Siehe Vorlesung 14, F. 43 und 45.

3. Die Besserbehandlung muss zur Benachteiligung einen engen Konnex aufweisen, d.h. zur Realisierung der tatsächlichen Gleichstellung geeignet und erforderlich sein und nicht länger dauern, als für die Korrektur der bisherigen Benachteiligung nötig ist
4. Eine Förderungsmassnahme darf Einzelpersonen, die dadurch neu benachteiligt werden, nicht in unzumutbarer Weise belasten
5. Bewirkt die Förderungsmassnahme eine Einschränkung von Grundrechten Dritter, ist die Privilegierung nicht nur unter dem Aspekt der Diskriminierung zu prüfen, sondern gleichzeitig zu untersuchen, ob die Voraussetzungen für eine verfassungsmässige Grundrechtseinschränkung gegeben sind
6. Die Motive für die Besserstellung dürfen ihrerseits nicht stereotypen Rollenverständnissen oder sonstigen Vorurteilen bezüglich des Verhaltens bestimmter Gruppen gründen

4. GLEICHE RECHTE FÜR MANN UND FRAU (Art. 8 Abs. 3 BV)

I. Verankerung

Art. 8 BV Rechtsgleichheit ³ Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit.

Der Gehalt von Absatz 3 lässt sich in drei Garantien aufspalten

- Satz 1: *Grundrecht* auf Schutz vor benachteiligenden Unterscheidungen aufgrund des Geschlechts
- Satz 2: *Auftrag an den Gesetzgeber*, die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu realisieren
- Satz 3: *Anspruch* von Frauen und Männern auf *gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit*

II. Verbot benachteiligender Unterscheidungen

1. Satz 1: Grundrecht auf Schutz vor benachteiligenden Unterscheidungen aufgrund des Geschlechts

Art. 8 Abs. 3 Satz 1 BV verbietet Differenzierungen auf der Basis des Geschlechts

Eine Unterscheidung aufgrund des Geschlechts ist gemäss Bundesgericht grundsätzlich verboten und kann nicht gerechtfertigt werden

- Ausnahmen sind nur zulässig, wenn «auf dem Geschlecht beruhende *biologische* oder *funktionale* Unterschiede eine Gleichbehandlung absolut ausschliessen»
 - Biologische Unterschiede haben v.a. mit der Schwangerschaft und Geburt zu tun
 - Funktionale Unterschiede betreffen Aufgaben, die nur Personen eines bestimmten Geschlechts erfüllen können.⁸⁷

III. Gesetzgebungsauftrag

1. Satz 2: Auftrag an den Gesetzgeber, die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern zu realisieren

Umsetzung auf Bundesebene im Bereich der Arbeitswelt mit dem Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG)

- Art. 3: Diskriminierungsverbot
- Art. 4: Diskriminierung durch sexuelle Belästigung

Das Gesetz gilt sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse. Verpflichtet in ihrem Kompetenzbereich auch die Kantone zur Rechtsetzung⁸⁸.

IV. Anspruch auf gleichen Lohn

2. Satz 3: Anspruch von Frauen und Männern auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit

Der Anspruch besteht sowohl gegenüber einem öffentlichen als auch einem privaten Arbeitgeber. Somit kommt dem Anspruch *direkte Drittwirkung* unter Privaten zu. Es gibt zwei Konstellationen

- **Einzelvergleich:** Ein Arbeitgeber entlohnt Frauen und Männer bei gleicher Qualifikation und gleicher Erfahrung für die gleiche oder vergleichbare Arbeit ohne legitime Gründe (z.B. Qualifikation, Erfahrung) unterschiedlich

⁸⁷ Siehe Vorlesung 14, F. 51 – 54.

⁸⁸ Siehe Vorlesung 14, F. 56 – 57.

- **Typische Frauen-/Männerberufe:** Geschlechterspezifisch identifizierte Berufe werden bei derlohneinstufung sachlich unbegründet generell benachteiligt.⁸⁹

⁸⁹ Siehe Vorlesung 14, F. 59.

5. BESEITIGUNG DER BENACHTEILIGUNG VON MENSCHEN MIT BEHINDERUNG (Art. 8 Abs. 4 BV)

I. Überblick

Art. 8 BV Rechtsgleichheit

⁴Das Gesetz sieht Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vor.

Der Gesetzgeber hat diesen Auftrag mit dem Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG) umgesetzt:

- Gemäss Art. 7 BehiG besteht das Recht von Menschen mit Behinderungen, bei öffentlich zugänglichen Bauten und Wohngebäuden mit mehr als acht Wohneinheiten von den Baubewilligungsbehörden zu verlangen, eine behindertengerechte Bauweise sicherzustellen
- Art. 20 BehiG regelt die Pflicht der Kantone, Kinder mit Behinderung besser in die Schulen zu integrieren.

Teil 7: Soziale Grundrechte

1. RECHTE VON KINDERN UND JUGENDLICH (Art. 11 BV)

I. Verankerung

Art. 11 BV Schutz der Kinder und Jugendlichen

¹ Kinder und Jugendliche haben Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung.

² Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus.

Im Völkerrecht sind die Rechte von Kindern und Jugendlichen bis zum 18. Altersjahr im Übereinkommen über die Rechte des Kindes («Kinderrechtskonvention») detailliert und in allgemeiner Form auch in Art. 24 UNO-Pakt II verankert.

II. Funktion

Art. 11 Abs. 1 BV beruht auf dem Gedanken, dass Kinder *besondere Schutzbedürfnisse* haben und der Sicherung des *Kindeswohls* deshalb eine Vorrangstellung einzuräumen ist. **Art. 11 Abs. 2 BV** bezieht sich auf die Frage, inwieweit Kinder ihre Rechte selbstständig ausüben können.

⇒ Stichwort Grundrechtsmündigkeit. Grundsätzlich werden aber die Eltern die Kinder vertreten. Wenn aber Interessen von Eltern denen von den Kindern gegenüberstehen, haben nach Art. 11 Abs. 2 die Kinderinteressen Vorrang.

III. Schutzbereich

1. *Persönlicher Schutzbereich*

Der **persönliche Schutzbereich** von Art. 11 Abs. 1 BV umfasst *Kinder und Jugendliche bis zur Volljährigkeit*, worunter gemäss **Art. 14 ZGB** junge Menschen zu verstehen sind, die das 18. Altersjahr noch nicht vollendet haben

Art. 14 ZGB b. Volljährigkeit

Volljährig ist, wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat.

2. *Übersicht: Schutzobjekt und geschützte Ansprüche*

Art. 11 Abs. 2 BV enthält zwei unterschiedliche Arten von Ansprüchen:

- **Schutzanspruch:** Anspruch von Kindern und Jugendlichen «auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit»
- **Förderungsanspruch:** Anspruch von Kindern und Jugendlichen auf «Förderung ihrer Entwicklung»

3. *Übersicht: Schutz der Unversehrtheit*

Der Ausdruck «Unversehrtheit» weist auf die Verletzlichkeit der *physischen und psychischen Integrität* von Kindern und Jugendlichen hin und deutet an, dass eine Verletzung dieser Integrität zu verhindern ist.

- **Achtungspflichten:** Schränkt der Staat Freiheitsrechte von Minderjährigen ein, ist ihrer Abhängigkeit und Verletzlichkeit besonders Rechnung zu tragen;⁹⁰

⁹⁰ Daraus folgt, dass Einschränkungen bei den Kindern weniger intensiv sein müssen, also bei Kindern sind Einschränkungen weniger zulässig.

- **Schutzpflichten:** Behörden sind im erhöhten Ausmass verpflichtet, bei ernsthaften Gefährdungen von Amtes wegen Abklärungen zu treffen und einzuschreiten (etwa im Bereich des Kinderschutzes)
 - ⇒ Hinsichtlich der Justiziabilität ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung wenig gefestigt, insgesamt ist das Bundesgericht diesbezüglich sehr zurückhaltend; ggf. wendet es Art. 11 BV jeweils zusammen mit weiteren Grundrechtsgarantien an, um diese kinder- bzw. jugendlichengerecht zu verstärken.

4. Förderungsanspruch: Forderung der Entwicklung

Dieser Anspruch berührt verschiedene andere Grundrechtsgarantien

- Garantie auf unentgeltlichen, ausreichenden und konfessionell neutralen Grundschulunterricht (Art. 19 BV, Art. 15 Abs. 4 BV)
- Verbot der Diskriminierung von Kindern (Art. 8 Abs. 2 BV)
- Gesetzesauftrag zur Beseitigung von Benachteiligung behinderter Kinder (Art. 8 Abs. 4 BV)
- Sprachenfreiheit (Art. 18 BV)
- Berufswahlfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV)

Nach Ansicht des Bundesgerichts richtet sich die Norm bezüglich des Förderungsanspruch aufgrund ihrer fehlenden Bestimmtheit primär an den Gesetzgeber; sie ist weitgehend *programmatischer Natur*.⁹¹

5. Ausübung von Rechten

Unklar ist, welche Rechte in Art. 11 Abs. 2 BV angesprochen werden.

- Der Wortlaut von Art. 11 Abs. 2 BV beschränkt diese Rechte, anders als etwa Art. 19c ZGB, nicht auf persönlichkeitsnahe Rechte;
 - Gleichwohl wird bisweilen vertreten, man habe die Regelung von Art. 19c ZGB auf Verfassungsebene heben wollen, womit der Begriff «Rechte» auf besonders persönlichkeitsnahe Grundrechte beschränkt würde;
 - Im Lehrbuch wird die Auffassung vertreten, dass der Begriff «Rechte» im Sinne von Art. 11 Abs. 2 BV alle Grundrechte der BV sowie die international garantierten Menschenrechte abdecke.

IV. Einschränkung

Soweit es um **Freiheitsrechte** von Kindern und Jugendlichen geht, können diese entsprechend den Grundsätzen von **Art. 36 BV** eingeschränkt werden. Art. 11 Abs. 1 BV ist insbesondere bei der Beurteilung der Schwere einer Einschränkung sowie bei der Verhältnismässigkeitsprüfung von Bedeutung. Der Anspruch auf Ausübung eigener Rechte im Rahmen der Urteilsfähigkeit gemäss Art. 11 Abs. 2 BV ist relativ und kann eingeschränkt werden.

- ⇒ Bis zum 16. Lebensjahr können die Eltern über die religiöse Erziehung des Kindes entscheiden (Art. 303 Abs. 1 und 3 ZGB)⁹²

⁹¹ Siehe Vorlesung 15, F. 9.

⁹² Siehe Vorlesung 15, F. 12.

2. ANSPRUCH AUF GRUNDSCHULUNTERRICHT (Art. 19 BV)

I. Verankerung

Art. 19 BV Anspruch auf Grundschulunterricht
Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht ist gewährleistet.

Art. 62 BV Schulwesen
² Sie [die Kantone] sorgen für einen ausreichenden Grundschulunterricht, der allen Kindern offen steht. Der Grundschulunterricht ist obligatorisch und untersteht staatlicher Leitung oder Aufsicht. An öffentlichen Schulen ist er unentgeltlich.

Gemäss Art. 13 Ziff. 2 lit. a UNO-Pakt I müssen die Vertragsstaaten anerkennen, dass «im Hinblick auf die volle Verwirklichung» des Rechts auf Bildung «*der Grundschulunterricht für jedermann Pflicht und allen unentgeltlich zugänglich sein muss.*»

II. Funktion

Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht verfolgt verschiedene Ziele.

- **Chancengleichheit:** Allen Menschen steht das Recht auf ein Mindestmass an Bildung zu, das nicht nur für die individuelle Entfaltung, sondern auch für die Wahrnehmung der Grundrechte unabdingbar ist
- **Staatspolitischer Gedanke:** Das Funktionieren der halbdirekten Demokratie setzt ein Minimum an Bildung des Einzelnen voraus

Bei Art. 19 BV handelt es sich um ein *justiziables Sozialrecht*, das gerichtlich durchgesetzt werden kann und den Staat zu einer positiven Leistung verpflichtet.

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht steht allen Kindern zu, die in der Schweiz Wohnsitz haben

- Die **Staatszugehörigkeit** ist unbeachtlich;
- Berechtigt sind auch Kinder mit Behinderungen, die dem normalen Grundschulunterricht nicht folgen können;
- Gilt auch für ausländische Kinder mit ungeregeltem Aufenthalt in der Schweiz (sog. «Sans-papiers»), solange die Wegweisung noch nicht vollzogen worden ist

2. Schutzobjekt

Gemäss Wortlaut von Art. 19 BV umfasst die Garantie nur den «Grundschulunterricht»

- Erfasst alle Schulen, inklusive Sekundarstufe I und Sonderschulen, während der obligatorischen Schulzeit;
- Durch das HarmoS-Konkordat wird auch der zweijährige Kindergarten vom Grundschulunterricht erfasst;
- Im umstrittenen BGE 133 I 156 hielt das Bundesgericht fest, dass sich der Anspruch grundsätzlich nicht auf den Unterricht an Untergymnasien beziehe. In der Lehre wird heute jedoch mehrheitlich vertreten, dass der Anspruch auf Unentgeltlichkeit richtigerweise auf *alle vom Staat im Rahmen der obligatorischen Schulzeit angebotenen Standardschulen* beziehen müsse.

Andere vorschulische oder schulbegleitende Aktivitäten (Frühförderung oder Besuch der Musikschule) werden nicht erfasst.

3. Geschützte Ansprüche

- **Anspruch auf genügenden Unterricht:** Vermittlung elementarer Fähigkeiten unter Berücksichtigung der individuellen Fähigkeiten und der Persönlichkeitsentwicklung
 - behinderte, aber auch hochbegabte Kinder und Jugendliche müssen entsprechend ihren besonderen Begabungen und Schwächen unterrichtet werden
- **Anspruch auf unentgeltlichen Unterricht:** An öffentlichen Schulen dürfen keine Schulgelder oder sonstige Gebühren sowie Kosten für Lehrmittel und -materialien auferlegt werden, soweit diese notwendig und dem Unterrichtszweck unmittelbar dienend sind.
- **Anspruch auf freien Zugang:** Für alle Kinder, grundsätzlich am Wohnort

Über diese Ansprüche hinaus besteht kein verfassungsmässiges Recht auf Bildung.⁹³

IV. Einschränkung

1. Geschützte Ansprüche

Einschränkung sozialer Grundrechte als Mindeststandards ist grundsätzlich ausgeschlossen. Gleichwohl wendet das Bundesgericht die Einschränkungsvoraussetzungen von Art. 36 BV sinngemäss auch für das Recht auf Grundschulunterricht an.

- Die Konkretisierung des Mindeststandards durch den Gesetzgeber und rechtsanwendende Behörden würde zwangsläufig auch gewisse Einschränkungen miteinschliessen, bei denen in Übereinstimmung mit Art. 36 BV die Kriterien des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit zu beachten seien.⁹⁴

⁹³ Siehe Vorlesung 15, F. 19.

⁹⁴ Siehe Vorlesung 15, F. 21 – 23.

3. RECHT AUF HILFE IN NOTLAGEN (Art. 12 BV)

I. Verankerung

Art. 12 BV Recht auf Hilfe in Notlagen

Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.

Auf internationaler Ebene anerkennt UNO-Pakt I in den Art. 9, 11 und 12 ein Recht auf soziale Sicherheit, auf angemessenen Lebensstandard inklusive dem Recht auf ausreichende Nahrung, Bekleidung und Unterkunft und auf grundlegende medizinische Versorgung.

II. Funktion

Das Recht auf Hilfe in Notlagen garantiert jeder in Not geratenen Person eine minimale soziale Unterstützung:

«Die Sicherung elementarer menschlicher Bedürfnisse wie Nahrung, Kleidung und Obdach ist die **Bedingung menschlicher Existenz und Entfaltung überhaupt. Sie ist zugleich unentbehrlicher Bestandteil eines rechtsstaatlichen und demokratischen Gemeinwesens.**» (BGE 121 I 367 E.2b)⁹⁵

Im Gegensatz zu den Sozialzielen in Art. 41 BV ist das Recht auf Hilfe in Notlagen justiziabel

- Was unabdingbare Voraussetzung eines menschenwürdigen Lebens darstellt, ist hinreichend klar erkennbar und der Ermittlung in einem Gerichtsverfahren zugänglich.

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Das Recht auf Hilfe in Notlagen gilt für alle natürlichen Personen, die sich im Hoheitsgebiet der Schweiz aufhalten

- Der Anspruch hängt nicht vom aufenthaltsrechtlichen Status ab.

2. Schutzobjekt und geschützte Ansprüche

Eine «Notlage» liegt vor, wenn die betroffene Person nicht die Mittel besitzt, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Der Anspruch ist subsidiär und soll dort greifen, wo jemand nicht in der Lage ist, für sich selbst zu sorgen und das bestehende Netz der Sozialhilfe keine Anwendung findet. Die Nothilfe beschränkt sich auf das *absolut Notwendige* und soll die vorhandene Notlage beheben. Sie ist klar von der gesetzlichen Sozialhilfe zu unterscheiden

- Es wird kein bestimmtes Mindesteinkommen garantiert, sondern nur die unerlässlichen, lebensnotwendigen Mittel («vor einer unwürdigen Bettelexistenz zu bewahren», BGE 138 V 310 E. 2.1)

Das Recht auf Nothilfe ist nur gewährt, wenn die Hilfeleistung gewissen qualitativen Kriterien genügt

- **Kleidung:** Es ist verfassungsrechtlich gewährleistet, dass niemand in seiner äusseren Erscheinung der Lächerlichkeit preisgegeben wird
- **Nahrung:** Zur Bewahrung vor akutem Hunger sowie zur Aufrechterhaltung intakter Körperfunktionen
- **Körperhygiene:** Anspruch auf ein elementares körperliches Wohlbefinden (auch im Sinne einer Krankheitsprävention)
- **Obdach:** Anspruch auf Unterkunft, die sicher ist, die Gesundheit des Betroffenen nicht beeinträchtigt und gewisse soziale Kontakte ermöglicht

⁹⁵ «La salvaguardia dei bisogni umani elementari come cibo, vestiario e riparo è la condizione dell'esistenza umana e dello sviluppo in generale. Allo stesso tempo, è una parte indispensabile di una comunità democratica».

- **Gesundheit:** Anspruch auf grundlegenden medizinischen und pflegerischen Beistand.⁹⁶

IV. Kerngehalt

Das Recht auf Hilfe in Notlagen betrifft einen existenziellen Aspekt des menschlichen Daseins: Einschränkungen von Art. 12 BV sind deshalb grundsätzlich ausgeschlossen.

⁹⁶ Siehe Vorlesung 15, F. 30.

Teil 8: Verfahrensgarantien

1. VORBEMERKUNGEN ZU DEN VERFAHRENSGARANTIEN

I. Verankerung

Die Rechte der Verfahrensbeteiligten ergeben sich in erster Linie aus den eidgenössischen und kantonalen Verfassungserlassen. Die als Verfahrensgrundrechte anerkannten Ansprüche gemäss Art. 29 ff. BV liegen dieser Ordnung als verfassungsrechtliche Mindestgarantien zu Grunde. Im Völkerrecht sind vor allem die Art. 5, 6 und 13 EMRK von Bedeutung.

II. Funktion

Individual-rechtliche Funktion: Die Verfahrensgrundrechte sichern dem Einzelnen eine faire Behandlung in Justizverfahren zu.

- Die Verfahrensgrundrechte schützen die Würde der von einem Verfahren betroffenen Personen; sie werden *nie zum blossen Objekt* staatlicher Willkür herabgewürdigt

Gesellschaftsbezogen-rechtsstaatliche Funktion: Die Verfahrensgrundrechte dienen der Wahrheitsfindung im Prozess, sichern das Vertrauen in die Gerichtsverfahren.

- Die Verfahrensgarantien stellen letztlich die *Legitimation der Justiz* im Rechtsstaat sicher.⁹⁷

III. Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

Die Garantien prozeduraler Fairness stehen zunächst allen **natürlichen Personen** unbesehen ihrer Nationalität zu. **Juristische Personen des Privatrechts** sowie des öffentlichen Rechts können sich grundsätzlich auf die Verfahrensgrundrechte berufen, ausser wenn diese vom Schutzgehalt auf natürliche Personen zugeschnitten sind. Die Grundrechtsträgerschaft ist an die *Parteistellung* gebunden; die am Verfahren beteiligten Amtspersonen sind folglich nicht Träger der Verfahrensgrundrechte.

2. Schutzobjekt

Die Verfahrensgarantien gelten in *Rechtsanwendungsverfahren*. Verfahren der Rechtsetzung werden von den Verfahrensgrundrechten grundsätzlich *nicht* erfasst.

Art. 29 BV garantiert jene grundlegenden Verfahrensrechte, die in allen Verfahren Anwendung finden.

- Keine Rolle spielt es, von welcher Behörde (Gericht, Verwaltungsbehörde usw.) der Rechtsanwendungsakt ausgeht

Demgegenüber beschränkt sich der Anwendungsbereich von Art. 30, 31 und 32 auf je spezifische Verfahren.

IV. Zulässigkeit von Einschränkungen?

Grundsatz: Verfahrensgrundrechte sind im Sinne von Minimalgarantien eingriffsresistent

- Damit finden die auf Freiheitsrechte zugeschnittenen Schrankenregeln von Art. 36 BV in der Regel keine Anwendung.

⁹⁷ Siehe Vorlesung 16, F. 5.

Ausnahme: Gewisse Verfahrensgarantien wie das Recht auf Akteneinsicht (Art. 29 Abs. 2 BV) sind unter bestimmten Voraussetzungen einer Beschränkung zugänglich.

- Dabei können auch einzelne Elemente von Art. 36 BV sinngemäss Anwendung finden.

V. Rechtsfolgen bei Verletzung

Aufhebung des Entscheids unter Vorbehalt der Heilung

- **Formelle Natur des Gehörsanspruchs:** Dessen Verletzung führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Wiederholung des Verfahrens vor der Vorinstanz, unbeschadet des Umstands, ob die Gehörsverletzung Einfluss auf den Verfahrensausgang hatte
- **Ausnahmsweise Heilung:** Die Verletzung des Gehörsanspruchs kann unter bestimmten Voraussetzungen geheilt werden, indem die Rechtsmittelinstanz die Gewährung des rechtlichen Gehörs umfassend nachholt
- Das Bundesgericht spricht die formelle Natur auch anderen «wesentlichen Verfahrensrechten» zu, wie z.B. den Ansprüchen auf richtige Zusammensetzung der Behörde und auf Beurteilung durch unabhängige Richterinnen und Richter

Andere kompensatorische Massnahmen: Unter Umständen verbindliche Feststellung der Grundrechtsverletzung im Entscheid der Rechtsmittelinstanz sowie Leistung von Schadenersatz oder Genugtuung.

Ausnahmsweise Nichtigkeit: bei krassen Verfahrensmängeln

- ⇒ Schwerste, offensichtliche Verletzungen der Verfahrensgarantien
Absolute Ausnahme.

3. ALLGEMEINE VERFAHRENSGARANTIEN (Art. 29 BV)

I. Verankerung

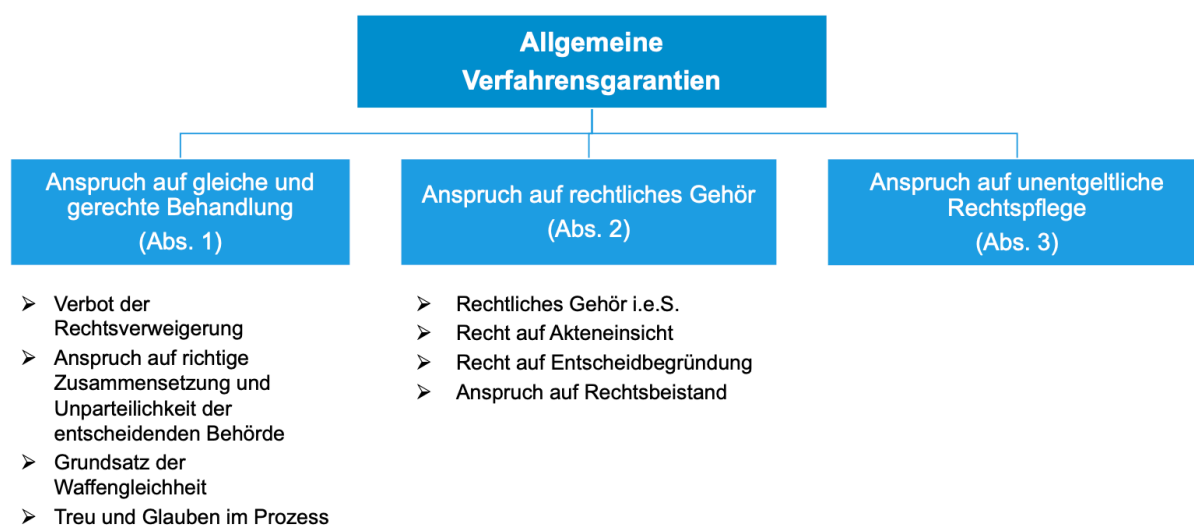
Art. 29 BV Allgemeine Verfahrensgarantien

¹ Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf **gleiche und gerechte Behandlung** sowie auf **Beurteilung innert angemessener Frist**.

² Die Parteien haben Anspruch auf **rechtliches Gehör**.

³ Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf **unentgeltliche Rechtspflege**, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf **unentgeltlichen Rechtsbeistand**.

Ähnliche Garantien ergeben sich auch aus Art. 6 EMRK und Art. 14 UNO – Pakt II.



II. Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung

1. Verbot der Rechtsverweigerung, Rechtsverzögerung und überspitzten Formalismus

- **Verbot der Rechtsverweigerung i.e.S.:** Ist verletzt, wenn ein Anspruch auf Durchführung eines Rechtsanwendungsverfahrens besteht und die zuständige Behörde untätig bleibt
- **Verbot der Rechtsverzögerung (Beschleunigungsgebot):** Ist verletzt, wenn ein Entscheid nicht innerhalb der vorgeschriebenen bzw. angemessenen Frist getroffen wird
- **Verbot des überspitzten Formalismus:** Verfahrensregeln und Formvorschriften sind zur Einhaltung eines geordneten Verfahrens unabdingbar, ihre Anwendung darf aber nicht in blossen Selbstzweck ausarten und dadurch die Verwirklichung des materiellen Rechts erschweren oder verhindern.⁹⁸

2. Anspruch auf richtige Zusammensetzung und Unparteilichkeit der entscheidenden Behörde

- **Art. 30 Abs. 1 BV** gewährleistet den Anspruch auf richtige Zusammensetzung und Unparteilichkeit nur für das *Gerichtsverfahren* ausdrücklich
- **Aus Art. 29 Abs. 1 BV** leitet das Bundesgericht indessen einen weitgehend analogen Anspruch für alle *staatlichen Rechtsanwendungsverfahren* ab

⁹⁸ Siehe Vorlesung 16, F. 14.

- *Beispiel:* Bei Erlass einer Verfügung der FINMA betreffend Herausgabe von Kundendaten der UBS an die USA hätte deren damaliger Präsident – ein ehemaliges Kadermitglied der UBS – in den Ausstand treten müssen (BGE 137 II 431 E. 5)

Der Anspruch auf eine unparteiische Entscheidbehörde und die damit einhergehende Ausstandspflicht erstreckt sich auch auf *Gerichtsschreiber und Sachverständige*.

3. Grundsatz der Waffengleichheit

Stellt sicher, dass sich alle Parteien mit gleicher Wirksamkeit am Verfahren beteiligen können, insbesondere in gleichem Umfang über den Gang des Verfahrens unterrichtet werden und ihre Anliegen unter den gleichen Bedingungen und Möglichkeiten vortragen können. Die Waffengleichheit ist verletzt, *wenn eine Partei bevorteilt wird*; nicht notwendig ist, dass die Gegenpartei gleichzeitig einen Nachteil erleidet.

4. Treu und Glauben im Prozess

Wichtigster Anwendungsfall: Anspruch der Verfahrensbeteiligten, keinen Rechtsnachteil aus *mangelhafter Eröffnung* eines Entscheides zu erleiden (insb. bei fehlender oder falscher Rechtsmittelbelehrung).⁹⁹

III. Anspruch auf rechtliches Gehör

1. Funktion

Die im Gehörsanspruch verkörperten *persönlichkeitsbezogenen Mitwirkungsrechte* sind sichern die *Subjektqualität der Prozessparteien* und verhindern, dass die Parteien zu blossen Objekten staatlicher Machtausübung degradiert werden. Gleichzeitig ist die Partizipation der Verfahrensbeteiligten ein *Mittel der Sachverhaltsabklärung* und erhöht die Wahrscheinlichkeit materiell richtiger Entscheide. Dies erhöht auch die Chance auf *Akzeptanz* des verfahrensabschliessenden Entscheids durch die Parteien.

2. Rechtliches Gehör i.e.S.

- **Anspruch auf persönliche Teilnahme am Verfahren:** insbesondere sind Abwesenheitsurteile nur unter gewissen Voraussetzungen zulässig
- **Anspruch auf Orientierung über den Verfahrensgang:** insbesondere sind Geheimverfahren verboten
- **Recht auf vorgängige Äusserung und Mitwirkung:** Parteien haben das Recht, einerseits vor Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides ihre Sichtweise einzubringen und andererseits am Beweisverfahren mitzuwirken
- **Replikrecht:** ein Äusserungsrecht zu sämtlichen Vorbringen der Gegenpartei
- **Behördliche Anhörungs- und Prüfungspflichten:** entfällt bei unerheblichen Tatsachen sowie bei offenkundig untauglichem Vorbringen.¹⁰⁰

3. Recht auf Akteneinsicht

- **Parteien eines hängigen Justizverfahrens:** Vorbehaltsloses Recht auf Akteneinsicht, ein besonderes Interesse ist nicht erforderlich
- **Ausserhalb eines hängigen Justizverfahrens:** Schutzwürdiges Interesse an der Einsichtnahme erforderlich

In sachlicher Hinsicht umfasst das Recht auf Akteneinsicht alle entscheiderelevanten schriftlichen oder elektronischen Aufzeichnungen. Die Akten sind am Sitz der zuständigen Behörden einzusehen; die Parteien haben das Recht, Notizen

⁹⁹ Siehe Vorlesung 16, F. 17 – 18.

¹⁰⁰ Siehe Vorlesung 16, F. 21.

zu machen und Kopien anzufertigen, sofern dadurch kein übermässiger behördlicher Aufwand entsteht. Das Recht auf Akteneinsicht gilt *nicht absolut*: Das Einsichtsinteresse ist mit entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Geheimhaltungsinteressen abzuwägen.¹⁰¹

4. *Recht auf Entscheidungsbegründung*

Der Anspruch vermittelt den Parteien das Recht, dass die Behörden ihre Vorbringen tatsächlich hören, sorgfältig und ernsthaft prüfen und in der Entscheidungsfindung berücksichtigen. Es müssen zumindest die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf die sie ihren Entscheid stützt. Entscheide, die erheblich in Grundrechte eingreifen, verlangen generell nach einer einlässlichen und differenzierten Begründung.

5. *Anspruch auf Rechtsbeistand*

Der Anspruch vermittelt, sich in Justizverfahren durch einen Rechtsvertreter freier Wahl vertreten zu lassen.

Der Anspruch kann jedoch durch spezialgesetzliche Regelungen eingeschränkt werden:

Art. 40 BGG Parteivertreter und -vertreterinnen
¹ In Zivil- und Strafsachen können Parteien vor Bundesgericht **nur von Anwälten und Anwältinnen vertreten werden**, die nach dem Anwaltsgesetz vom 23. Juni 2000 oder nach einem Staatsvertrag berechtigt sind, Parteien vor schweizerischen Gerichtsbehörden zu vertreten. (...)

Die Übernahme der Verteidigungskosten durch den Staat entscheidet sich nach Massgabe von Art. 29 Abs. 3 BV.¹⁰²

IV. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege

1. *Funktion*

Niemand soll vom Zugang zur Rechtspflege und von der effektiven Wahrung seiner Rechte ausgeschlossen bleiben, *nur* weil die notwendigen finanziellen Mittel fehlen.

- Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 29 Abs. 3 BV stellt eine prozessrechtliche Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 8 Abs. 1 BV) dar und ist zugleich Ausdruck der in Art. 29 Abs. 1 BV verankerten Verfahrensfairness.

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege stellt ein soziales Grundrecht dar, das den Staat zu einer positiven Leistung verpflichtet und dem Einzelnen entsprechende *Leistungsansprüche* einräumt.

2. *Schutzbereich*

Träger des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtspflege sind alle von einem *Verfahren betroffenen natürlichen Personen*

- Das Bundesgericht hat die Frage erwogen, ob auch für eine juristische Person des Privatrechts ausnahmsweise ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege bestehen kann (siehe dazu: BGE 143 I 328, F. 29).

Das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege gilt in allen staatlichen Rechtsanwendungsverfahren. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege enthält zwei Garantien:

- *Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung* (unentgeltliche Rechtspflege i.e.S.)
- *Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand*, der mittellosen Prozessparteien die Beiordnung einer anwaltlichen Vertretung und deren Entschädigung gewährleistet.¹⁰³

¹⁰¹ Siehe Vorlesung 16, F. 23.

¹⁰² Siehe Vorlesung 16, F. 26.

¹⁰³ Siehe Vorlesung 16, F. 29.

3. Voraussetzungen

Für den Anspruch auf unentgeltliche *Prozessführung* ist erforderlich:

1. **Bedürftigkeit:** Fehlende Mittel, um neben dem Grundbedarf die Gerichts- und Anwaltskosten aufzubringen
2. **Rechtsbegehren nicht zum vornherein aussichtslos:** Gemäss Bundesgericht gelten Prozessbegehren als aussichtslos, «*bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. (...) Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde*»

Für einen unentgeltlichen *Rechtsbeistand* ist zusätzlich erforderlich:

3. **Sachliche Notwendigkeit:** Wird vom Bundesgericht bejaht, wenn das Verfahren *schwerwiegend in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift* oder der Fall in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht *Schwierigkeiten* bietet, die den Beizug eines Rechtsvertreters erforderlich machen.

4. Leistungsumfang

Unentgeltliche Prozessführung: Der Berechtigte ist (vorläufig) von Gerichts- und Verfahrensgebühren befreit und muss keinen Kostenvorschuss und keine Kautionserbringen

- Hingegen erfolgt keine Befreiung von einer allfälligen *Parteientschädigung* an die obsiegende Gegenpartei

Unentgeltlicher Rechtsbeistand: Führt zur amtlichen Beordnung einer Anwältin oder eines Anwalts

- Anwälte, die im Rahmen von Art. 29 Abs. 3 BV tätig sind, nehmen staatliche Aufgaben wahr und werden nach staatlich festgesetzten Ansätzen entschädigt (die Verfassung verlangt also nicht, dass sämtliche geltend gemachten Honoraransprüche bezahlt werden).