MODUL 1: NORMENORDNUNG

§1: RECHTSNORMEN & RECHTSANWENDUNGSAKTE

I) Einleitung

- Recht: eines v. mehreren *Ordnungssystemen* (auch: Familie, Gemeinschaft, persönl. Überzeugung), welches (i.d.R.) vom Menschen als verbindlich betrachtet
- Rechtsordnung: der Einzelne kann sich ihr kraft eigenen Willensentschluss nicht entziehen

→Monopolisierung d. staatl. Herrschaftsgewalt →rationale Begründung u. Widerspruchsfreiheit

II) Positivierung des Rechts

-formale Anerkennung d. Rechts durch die Menschen →sog. „Gesetztheit"

Wenn Recht f. alle verbindlich begründet werden soll, muss es als menschengemachtes Recht verstanden werden

III) Begriff der Rechtsnorm

Normen: „Sollenssätze" (≠ Ist-Satz) →Rechtsnorm (= Rechtssatz): Sollenssatz d. Rechts

Rechtstext (= Verkörperung v. Normen): hier sind immer Sollensanordnungen vorzufinden (Normativgehalte: Gebote, Verbote, Erlaubnisse); kann zwingende Verhaltensanforderung sein od. als blosse Kann-Bestimmung den Behörden ein Ermessen einräumen
Die Verfassungsbestimmung verlangt Verwirklichung d. Schutzes, erhebt also als Norm Geltungsanspruch

	BürgerInnen	Sachverhalt
Rechtsnorm	*generell*	*abstrakt*
Rechtsanwendungsakt	*individuell*	*konkret*

generell: Sollensanordnung gilt f. Vielzahl v. Personen
abstrakt: Sollensanordnung ist auf Vielzahl einzelner Lebenssachverhalte anwendbar

→persönliche u. sachliche „Allgemeinheit d. Rechtsnorm", was zu d. wichtigsten Garanten formell gesicherter Willkürfreiheit gehört, u. dem Bürger Voraussehbarkeit v. Rechtsfolgen gewährleistet u. somit Garant für Rechtssicherheit u. –frieden ist!

- Rechtsanwendungsakte (Verhaltensanforderungen d. Rechts): mit ihnen wird Recht durch Gerichte u. Verwaltungsbehörden f. d. Einzelfall angewendet

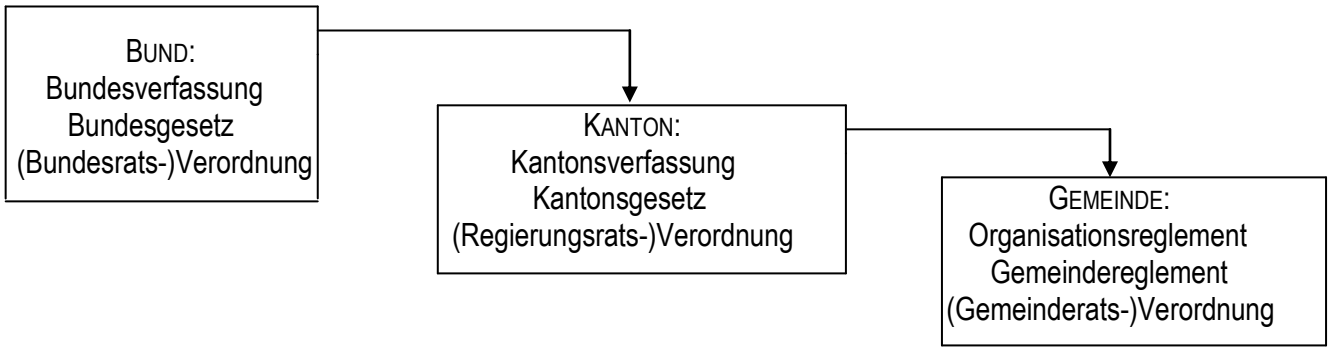
§2: RECHTSORDNUNG ALS HIERARCHISCHE NORMENORDNUNG

I) Von der Hierarchie des Rechts zum Stufenbau der Rechtsordnung

- Eigentümlichkeit d. Rechts: das Recht regelt seine eigene Erzeugung

→Dreistufigkeit, welche f. d. Rechtsordnung in Verfassungsstaaten typisch:

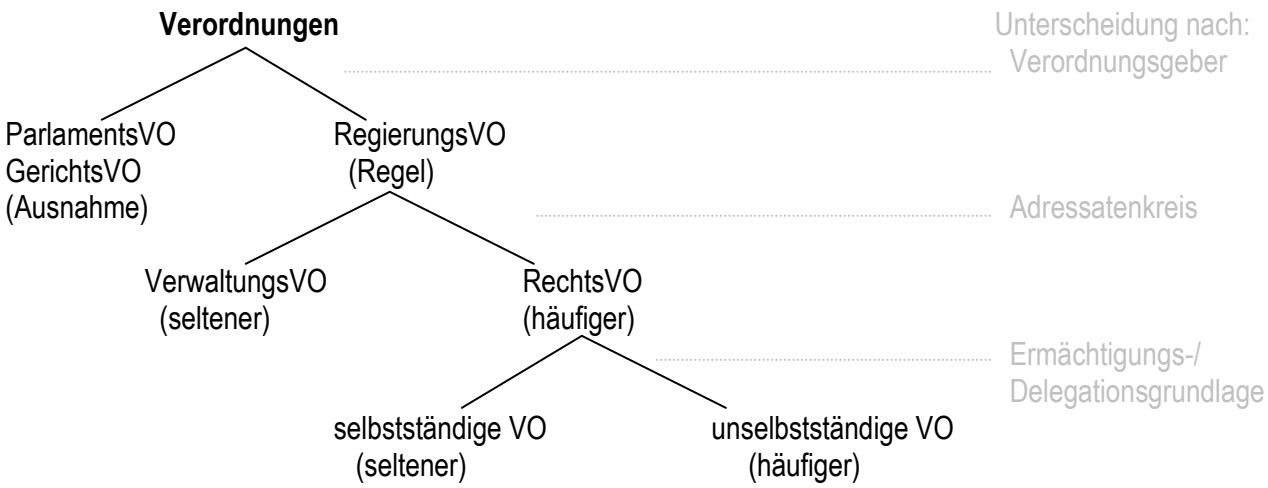
•Verfassung als Rahmenordnung
•Gesetze im formellen Sinn (Bundesgesetz, Kantonsgesetz, Gemeindereglement), d.h. durch parlament. Gesetzgebungsverfahren entstanden (Gesetz im materiellen Sinn ist jede Rechtsnorm!)
• Verordnung, v. d. Exekutive als Rechtssetzungsinstanz erlassen



II) Besonderheiten des formellen Gesetzes

- Gesetz im formellen Sinn:
  - •jeder Erlass, der v. Parlament im Verfahren d. Gesetzgebung beschlossen u. als Gesetz bezeichnet wird →hierzu gelten auch Rechtssetzungsakte durch Kantons- u. Gemeindeparlamente
  - •unterliegt einer Referendumspflicht (mind. Fakultatives Referendum)
  - •durch Verfahrenserfordernisse: höhere demokr. Legitimation →drum dienen formelle Gesetze d. gewichtigen u. längerfristigen Regelung d. rechtlichen Normenordnung
  - •auch genannt: formelles Gesetz, formellgesetzl. Regelung, demokrat. Gesetz, parlament. Gesetz
  - • (siehe auch BV 164 u. 165)

III) Besonderheiten der Verordnung



→vgl. Bspe. S. 110,111

-Verordnung: (auch: Reglement, Benutzungsordnung, Beschluss, Satzung)
- •stehen unterhalb d. formellen Gesetzes
- (Unterscheidungen:)
- •Regel: Erlass durch Exekutive, daher auch „*Regierungsverordnungen*"
- •Ausnahmen: Gesetzgeber kann auch andere Instanzen zum Erlass von Verordnungen zu ermächtigen, z.B.:
  - →*Parlamentsverordnung* (BV 163)
  - →*Gerichtsverordnung*, Departementverordnung, Direktionsverordnung (Ermächtigung im Gesetz)
- •*Rechtsverordnung*: wirkt unmittelbar auf die BürgerInnen

•*Verwaltungsverordnung* (auch: Richtlinien, Rundschreiben, Merkblätter, Kreisschreiben): richten sich nur an Stellen innerhalb d. Verwaltung, können mittelbare Rechtswirkung nach aussen erlangen, sind generell-abstrakte Sollenssätze, erzeugen keine unmittelbare Wirkungen f. BürgerInnen
•*unselbstständige Verordnung* (Regel): Ermächtigung wird erst durch Delegation (Übertragung) in einer gestzl. Delegationsnorm erzeugt; hier muss jeweils untersucht werden, ob diese unselbstst. VO auf einer inhaltlich ausreichend detaillierten Delegationsnorm im formellen Gesetz beruht
•*selbstständige Verordnung* (Ausnahme): findet ihre Ermächtigung in der Verfassung (Bsp.:BV185,3)

IV) Allgemeines Erfordernis der Publikation

- alle Rechtsnormen müssen publiziert werden, hierfür führen Bund u. Kantone *chronologische Gesetzessammlungen*
- Amtliche Sammlung des Bundesrechts: Publikationsorgan, in dem die massgebende Fassung veröffentlicht wird → verbindlicher Gesetzestext: Amtliche Sammlung, Artikelüberschriften, u. Marginalien
- ein Erlass kann erst Rechtswirkungen entfalten, wenn er in dieser Sammlung ordnungsgemäss publiziert

§3: VERHÄLTNISSE UNTER RECHTSNORMEN

- unter Umständen kann es vorkommen, dass verschiedene Rechtsnormen, die denselben Sachverhalt regeln, einander widersprechen, wofür es folg. ungeschriebene Vorrangregeln gibt (nach Wichtigkeit angeordnet):
  •Vorrangregel d. Hierarchisierung: lex superior derogat legi inferiori (vgl. II)
  •Vorrangregel d. Spezialisierung: lex specialis derogat legi generali (vgl. III)
  •Vorrangregel d. Temporalisierung: lex posterior derogat legi priori (vgl. IV)
- diese Regeln sind aber nicht in allen Fällen anzuwenden, sondern nur, wenn es sachlich notwendig ist, dass die eine Norm den Geltungsanspruch der anderen verdrängt

I) Normkonkurrenzen und Normkonflikte

- Normkonkurrenz: •liegt vor, wenn sich d. Tatbestände v. mind. 2 Normen vollständig od. teilweise decken, so dass sie denselben Lebenssachverhalt decken (Tatbestandsseite d. Norm)
  →betreffende Normen kommen gleichzeitig u. kummulativ zur Anwendung
  •liegt ebenfalls vor, wenn mind. 2 Rechtsnormen unterschiedlichen Ranges, dieselbe Rechtsfolge anordnen
  →betreffende Normen gelten parallel, u. können gleichzeitig berufen werden
- Normkonflikt: •liegt vor, wenn sich die Rechtsfolgen v. mind. 2 Normen nicht problemlos gleichzeitig verwirklichen lassen (Rechtsfolgeseite der Norm)
  •wenn Bundesgesetz in Widerspruch zur Bundesverfassung steht, so muss das Bundesgericht hierüber entscheiden, kann aber nicht das Bundesgesetz f. nichtig erklären; alle anderen Gesetze kann das Bundesgesetz wegen Verfassungswidrigkeit als nichtig erklären

II) Vorrang der höherrangigen Norm (lex superior)

1. Grundsätze

•Regeln der Verfassung haben Vorrang vor allen anderen Anordnungen, u. danach haben formelle Gesetze Vorrang vor den übrigen Gesetzen im materiellen Sinn, d.h. den Rechtsverordnungen →sogar die unter den Rechtsnormen d. Bundes niederrangigsten Bundesrechtsverordnungen haben grundsätzlich Vorrang vor allen kantonalen Rechtssätzen

(vgl. BV 49) (→analog: Höherrangigkeit kantonalen Rechts gegenüber Gemeinderecht)
•konkurrierende Gesetzgebungskompetenz: wenn Bund u. Kanton f. Regelung eines gleichen Sachbereichs zuständig sind

2. Wirkung der Derogation (strittig)
   a) suspendierte Wirkung: niederrangige Norm wird beim Widerspruch zum höherrangigen Recht „im Moment" nicht anwendbar →Geltungsanspruch wird geschont
   b) niederrangige Norm wird im Moment, in dem sie zur höherrangigen in Widerspruch tritt, insgesamt ungültig, d.h. sie kann weder jetzt noch zukünftig angewendet werden
   →Rechtsunsicherheit wird vermieden
   • Bundesgericht hält sich für b)

3. Durchsetzbarkeit des Verfassungsvorrangs
   • Bundesverfassung verbietet dem Bundesgericht in BV 191 Bundesgesetze wegen Verfassungswidrigkeit f. ungültig zu erklären, d.h. es muss diese gleichwohl anwenden
   • Vorrang d. Verfassung gilt nach wie vor, doch dessen Durchsetzung ist nicht möglich
   →also: verfassungswidriges Bundesgesetz, obwohl ihm nach der Normenordnung kein Geltungsanspruch zukommt, wird behandelt, als ob ihm Geltung innerhalb d. Rechtsordnung gebührt
   • Grenze d. Anwendungsgebots in BV 191 selbst: Geltung d. Völkerrechts überragt das Anwendungsgebot f. Bundesgesetze

III) Vorrang der spezielleren Norm (lex specialis)

- unter Rechtsnormen, d. i. d. Normenhierarchie denselben Rang einnehmen, gehen solche Normen vor, deren deren Inhalt spezifischer auf den zu regelnden Sachverhalt zugeschnitten ist
- obwohl v.d. spezialgesetzlichen Regelung verdrängt, verliert d. allgemeine Norm ihre Geltung nicht insgesamt
- vgl. Beispiele S. 117

IV) Vorrang der neueren Norm (lex posterior)

- neuere Norm ist anzuwenden, wenn alte u. neue Rechtsnorm tatsächlich gleichen Sachverhalt regeln
→neu erlassene Norm als Aktualisierung des Rechts
- meist bestimmt Normgeber ausdrücklich, dass d. frühere Recht aufgehoben wird; i.d. Fall braucht es keine Vorrangregeln, weil keine Konkurrenz zw. Neuerem u. älterem Recht besteht, denn das alte erhebt ja keinen Geltungsanspruch mehr
- falls lex-posterior-Regel angewendet wird, verdrängt d. neuere Norm genau den Teil d. alten Rechts, dessen Sachbereich sie inhaltlich neu regelt

§4: AUSLEGUNG VON RECHTSNORMEN

- Subsumtion: Unterordnung d. konkreten Sachverhalts unter d. Gesetz (generell-abstrakte Rechtsnormen)
→dies folgt einer inneren Zuordnungslogik (Syllogistik) u. verlangt, die Rechtsnorm auszudeuten

I) Formale Struktur der Normauslegung

- Rechtsnormen bestehen aus mind. einem *Tatbestandselement*, welcher eine *Rechtsfolge* anordnet (Konditionalstruktur)

i.) Obersatz (praemissa maior): wenn Ausweisverlust, dann Anzeigepflicht

ii.) Untersatz (praemissa minor): ein Ausweisverlust ist eingetreten
iii.) Schlusssatz (conclusio): es besteht eine Anzeigepflicht

→Justiz-Syllogismus: v. allg. Aussage wird bei der juristischen Subsumtion immer gleichartig auf konkreten Umstand geschlossen

- Auslegungsfrage: Frage über genaue Bedeutung einer Regelung (vgl. diverse Beispiele S. 119/120)

→manche Auslegungsfragen sind im Gesetz selbst geklärt (z.B. in Verordnungen)

II) Kanon der Auslegungsmittel

- juristische Normauslegung: Gewinnung d. Bedeutung einer Rechtsnorm
- Auslegungsziel: es wird nach d. *objektiven Bedeutung der Rechtsnorm z. Zeit ihrer Anwendung* gesucht

→objektiv-geltungszeitliche Auslegung (subjektiv-historische Auslegung dient allenfalls als Indikator f. objektive Bedeutung)

- Kanon d. Auslegungsmittel: im laufe d. Zeit entstandene Standardisierung bzgl. d. Auslegungsmittel (1– 4):

1. Auslegung nach dem Wortlaut (Grammatikalische Interpretation):
   - verbindlicher Wortlaut d. Rechts ist derjenige, d.i.d. Amtlichen Sammlung (AS) abgedruckt ist, sowie Marginalien, u. Artikelüberschriften (Titel)
   - gleichberechtigte Verbindlichkeit der 3 Amtssprachen, unabhängig davon, welche Sprache d. parlament. Gesetzgebung zugrunde gelegen hat
   - entstehen Widersprüchlichkeiten wegen Übersetzungsschwierigkeiten, sind d. übrigen Elemente d. Methodenkanons d. Auslegungsmittel anzuwenden
   - auf keinen Fall aber, dürfen d. Auslegungen je nach Sprache differieren

2. Auslegung nach der Systematik (systematische Interpretation):
   - Bedeutung einer Norm u.a. aus ihrem normtextlichen Umfeld und ihrer Stellung i.d. Normhierarchie

   →z.B.: eine Norm im 2. bzw. 3. Absatz eines Artikels bezieht sich auf den Anwendungsbereich d. 1. Absatz

   →z.B.: Normen sind nach Möglichkeit völkerrechts- u. verfassungskonform auszulegen, kantonale Gesetze zudem bundesrechtskonform

3. Auslegung nach der Entstehungsgeschichte (historische Interpretation):
   - historische Interpretation einer Norm hat nur noch eine ergänzende Rolle
   - aus d. Materialien d. Gesetzgebung (Entwürfe, Protokolle d. parlament. Beratung, etc.) lassen sich Anhaltspunkte gewinnen, wie d. Rechtsnorm bei ihrer Entstehung gemeint war

4. Auslegung nach dem Zweck (teleologische Interpretation):
   - Frage nach dem Telos (Sinn, Ziel, Zweck) einer Rechtsnorm
   - jede Norm verfolgt einen Zweck (ausdrücklich festgehalten od. stillschweigend mit d. Norm verbunden)
   - Zweckargumente stehen immer offen
   - Zweck einer Norm ist wandlungsfähig: durch Änderungen im Gesetz od. i.d. Umständen der Rechtsanwendung kann die Rechtsnorm ihre Zielsetzung verlieren od. neue Bedeutung hinzugewinnen

5. Praktische Anwendung der Auslegungsmittel
   - i.d. Praxis gibt es keine Rangordnung bzgl. d. Wichtigkeit v. Auslegungsmittel, *am ehesten* jedoch ist die teleologische Interpretation als überall einsetzbares Mittel nützlich →Methodenpluralismus

MODUL 2: GRUNDRECHTE

§1: ENTWICKLUNG DER GRUNDRECHTE

I) Einleitung

- Anerkennung v. Grundrechten geht auf den bürgerlichen Verfassungsstaat der Moderne zurück (Nordamerikanische u. Französische Revolution)
- Bill of Rights (1689): nach d. Glorious Revolution sicherte diese d. Vormachtstellung d. Parlaments gegenüber dem König, wobei auch d. Volksrechte bestätigt wurden, i.d. König u. Verwaltung nicht eingreifen durften; zu diesen Rechten zählten u.a. Meinungsfreiheit v. Parlamentsmitgliedern od. Verbot übermässiger Geldbussen

II) Die Amerikanischen Menschenrechtserklärungen

- Virginia Bill of Rights (1776): erste gesamthafte u. verfassungskräftige Normierung v. Grundrechten („jeder ‚Mensch' hat angeborene u. unveräusserliche Rechte")
- Unabhängigkeitserklärung d. Vereinigten Saaten (4. Juli,1776): weitere Grundrechtsanerkennungen

III) Die Französische Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte

- Déclaration des droits de l'homme et de citoyen (franz. Menschen- u. Bürgerrechtserklärung, 1789): angeborene Rechte u. Freiheiten d. Menschen →diese Rechte sollten zwar universell wirken, entsprachen aber gleichzeitig d. Bedürfnissen d. Bürgertums

IV) Die Grundrechte in den Nationalstaaten des 19. und frühen 20. Jahrhunderts

- Verfassungen d. europ. Nationalstaaten →Binnensicht d. Grundrechte: nicht Menschenrechte, sondern in erster Linie Bürgerrechte

V) Entwicklung unter der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

- erste BV (1848, Totalrevision 1874): nur punktuelle Grundrechtsgarantien; Aufnahme jener Rechte, deren Gewährleistung durch Kantone ungenügend erschien, politisch besonders umstrittene Rechte, od. Rechte mit gesamtstaatlicher Bedeutung →"lückenhaft"
- Kompensation: v.a. durch reiche Rechtssprechung d. Bundesgericht, welches d. Grundrechtsnormen d. BV konkretisierte u. ungeschriebene Grundrechtsgarantien entwickelte, u. durch kantonale Grundrechtsgarantien

VI) Erste Ansätze eines internationalen Menschenrechtsschutzes

- Wiener Kongress (1815): punktuelle Ansätze eines internationalen Menschenrechtsschutzes; Vorschriften f. verschiedene Staaten
- Etablierung eines völkerrechtlichen Minderheitenschutzes (Ende WK1): Friedensverträge u. Vereinbarungen mit d. neu entstandenen Nationalstaaten Zentral- u. Osteuropas mit Garantien zugunsten best. Minderheiten

VII) Die Charta der Vereinten Nationen und die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte

- heute gilt d. grundsätzliche Verpflichtung jedes Staates zur Beachtung d. Menschenrechte: u.a. v. d. Charta d. Vereinten Nationen (26. Juli, 1945) proklamiert (→Proklamation ≠ Gewährleistung)

- Allgemeine Erklärung d. Menschenrechte (10. Dez., 1948): Hauptpfeiler d. modernen Menschenrechtsgedankens →vorpositive Rechte (sind schon da, bevor vom Staat anerkannt)

VIII) Fazit

- Grundrechte sind:
  - •geschichtlich gewordene Rechte, da sie aus besond. geschichtl. Situationen mit ihren spezif. Bedrohungen d. Freiheit u. Entfaltung d. Menschen gewachsen sind
  - •durch den Staat anerkannt, da sie verfassungsrechtlich verankert sind, u. dank dem späteren Abschluss völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge
  - •dem Staat vorausliegende Rechte, da sie diesen zu grundrechtskonformem Handeln verpflichten
  - •dynamische Rechte, da sie f. eine kontinuierliche Differenzierung u. Weiterentwicklung offen bleiben,
  - •aber haben ein statisches, d. politische Ordnung legitimierendes u. stabilisierendes Element, da sie doch jene zentralsten Bereiche menschlicher Existenz schützen
  - •elementarste (d.h. keine Alltagskleinigkeiten) Rechte (staatl. anerkannt) d. Individuums (Rechte d. Bürger, nicht d. Staates) gegen den Staat

§2: RECHTSQUELLEN DER GRUNDRECHTE

I) Bundesverfassung

- BV (1999): hat fast vollständiges, momentan geltendes, geschriebenes u. ungeschriebenes Verfassungsrecht
- enthält Grundrechtskatalog (Art. 7 bis 34) u. Bestimmungen über d. Grundrechte (Art. 35 u. 36)

II) Kantonsverfassungen

- kürzlich revidierte KV enthalten ausführliche Grundrechtskataloge (inhaltlich meist in Anlehnung an BV)
- ältere KV garantieren i.d.R. nur punktuell Grundrechte (vgl. Bsp. S. 209: KV Bern)
- wegen Vorrang d. Bundesrechts kommt kanton. Grundrechten nur dann selbstständ. Bedeutung zu, wenn kanton. Grundrechtsnorm über Gewährleistung d. BV hinaus gehenden Schutz gewährt (vgl. Bspe. S.209)

→Kanton kann wenig od. gar keine Grundrechte gewährleisten, da schon in BV gewährleistet

III) Internationale Menschenrechtsgarantien

1. Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)
   - •4. November 1950: Katalog v. menschenrechtl. Mindeststandards (vgl. Einzelheiten S. 210)
   - •EMRK seit 28. Nov. 1974 in Kraft: materielle Konventionsbestimmungen sind (genau wie Grundrechte aus BV u. KV) i.d. CH unmittelbar anwendbar, d.h. d. Einzelne kann sich direkt auf diese Normen berufen
   - •Schutz d. Konvention hat selbstständ. Bedeutung, soweit er d. v. BV u. KV gewährten Schutz übersteigt (die Frage d. Schutzniveaus ist f. jede Garantie gesondert zu prüfen)
   - •EMRK wird durch eine Anzahl v. Zusatzprotokollen ergänzt

2. Die UNO-Menschenrechtspakte
   - •beide Pakte (19. Dez., 1966; ab 18. Sept. 1992 f. CH) wurden gestützt auf d. Allgemeine Erklärung d. Menschenrechte (vgl. M2, §1, VII) erarbeitet u. bilden d. ersten univers. Instrumente, welche d. Menschenrechte v. unverbindlichen Deklarationen zu rechtlichen Vorschriften gehoben haben

   a.) Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: Pakt I
      - •Garantie d. Selbstbestimmungsrecht d. Völker (Teil 1: Art. 1)
      - •Regelungen über d. Geltung d. Paktes (Teil 2: Art. 2 bis 5)
      - •materielle Garantien (Teil 3: Art. 6 bis 15, vgl. S. 211)
      - •Verpflichtung d. Staaten, regelmässig Berichte über getroffene Massnahmen u. über Fortschritte

vorzulegen (Teil 4: Art. 16)

b.) Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte: Pakt II
- •Garantie d. Selbstbestimmungsrecht d. Völker (Teil 1: Art. 1)
- •Regelungen über d. Geltung d. Paktes (Teil 2: Art. 2 bis 5)
- •materielle Garantien (Teil 3: Art. 6 bis 27)
- ! im Gegensatz zu Pakt I sind Bestimmungen in Pakt II unmittelbar anwendbar u. somit v. allen Signatarstaaten zu beachten: eine Verletzung kann vor d. Gerichten i.d. CH gerügt werden!
  →internationales Überwachungsorgan: Menschenrechtsausschuss (Teil 4: Art. 28 bis 45)

3. Internationale Verträge zu besonderen Menschenrechtsfragen
- •zahlreiche internationale Verträge, welche *einzelne* Menschenrechte od. d. Menschenrechte *bestimmter Gruppen* zum Gegenstand haben (vgl. Bspe. S. 212)

IV) Fazit

- Grundrechte v. sich i.d. CH aufhaltenden Menschen werden durch ein dichtes Regelwerk v. Normen d. nat. u. internat. Rechts geschützt
- da Garantien d. EMRK, UNO-Pakt II, u. speziel. menschenrechtl. Verträgen i.d. CH grundsätzlich unmittelbar anwendbar sind, kommt ihnen im Ergebnis d. gleiche Schutzwirkung zu, wie d. Grundrechten der BV

§3: GRUNDBEGRIFFE DER GRUNDRECHTSLEHRE

I) Begriff und Arten der Grundrechte

1.Menschenrechte und Bürgerrechte
- •Grundrechte sind d. elementarsten Rechte d. Einzelnen gegen d. Staat
- •Menschenrechte: Grundrechte zum Schutz d. Individuums (stehen allen natürlichen Personen zu)
- •Bürgerrechte: Grundrechte, die nur f. enge Grundrechtsträgerschaft, näml. BürgerInnen d. Gemeinwesens
- •Grundrechte d. BV: grundsätzlich Menschenrechte, aber auch Bürgerrechte (d.h. nur f. SchweizerInnen)
- •Garantien d. internat. Rechts: fast durchgängig Menschenrechte

2. Grundrechte und verfassungsmässige Rechte
- •verfassungsmäss. Rechte: Garantien, deren Verletzung vor Bundesgericht *gerügt* werden kann (vgl. BV 189,1a); das sind nicht nur die im Grundrechtskatalog (BV 7 bis 34) aufgeführten u. die von Internationalen Menschenrechtsschutz (v.a. Grundsatz d. derogatorischen Kraft d. Bundesrechts, vgl. BV 49,1 u. M1,§3)

3. Grundrechte und Staatszielbestimmungen
- •BV legt in einzelnen Bestimmungen d. Staatsziele fest (v.a. BV 41), jedoch leiten sich aus diesen keine unmittelbar wirksamen u. gerichtlich durchsetzbare Ansprüche Privater ab (d.h. sie sind im Gegensatz zu Grundrechten *nicht einklagbar*)

4. Geschriebene u. ungeschriebene Grundrechte
- •Bedeutung ungeschr. Grundrechte ist heute marginal; seit BV-Revision 1999 wurden d. ungeschriebenen Grundrechte i. d. Verfassungstext überführt

II) Typologie der Grundrechte

- Grundrechte können nach d. zentralen Inhalt bzw. d. hauptsächlichen Schutzzweck unterschieden werden in:

1. Freiheitsrechte
- •betonen d. Integritätsanspruch d. Individuums in sachlich benennbaren, aber teilw. schwer abgrenzbaren

Lebensbereichen (z.B.: Religionsausübung, Sozialleben, Kunstschaffen, wirtschaftliche Tätigkeit)
!die meisten Grundrechte sind Freiheitsrechte (Bspe.: BV 15, BV 22, BV 27)
•aus Sicht d. Grundrechtsträger sind Freiheitsrechte daher v.a. Abwehrrechte

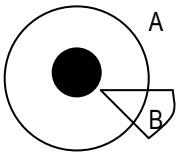
2. Gleichheitsrechte
•mit ihnen stellt die BV Anforderungen f. d. staatl. Behandlung v. Gewaltunterworfenen auf (Bspe.: BV 8)
•gewährleisten d. Individuum in *sämtlichen* Bereichen staatl. Tätigkeit ein Mindestmass an fairer u. gleicher Behandlung (im Gegensatz zu d. Freiheitsrechten)
•können vom Staat je nach Blickwinkel ein Tun od. Unterlassen fordern

3. Sozialrechte
•vermitteln d. Individuum unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf positive Staatl. Leistungen (entsprechende staatl. Leistungspflicht)
•zeigen d. Fürsorgeaspekt d. Gemeinwesens: d. BV kennt 3 justiziable (d.h. i.d. Rechtswirklichkeit unmittelbar einlösbare) Sozialrechte → (vgl. BV 12, BV 19, u. BV 29,3)
•sind subjektive Rechte

4. Politische Rechte
•gewährleisten einen Anspruch auf Teilhabe am polit. Prozess u. somit auf aktive Mitwirkung an der staatl. Willensbildung (vgl. BV 34)
•haben *abwehrrechtliche Aspekte* und *Leistungsaspekte*

5. Verfahrensrechte
•sind Mittel zum Schutz anderer Rechte (Bspe.: BV 29,2; BV 30,1; BV 31)
•stellen d. Mitwirkung d. Verfahrensbeteiligten in dem sie betreffenden Verfahren sicher u. bieten Schutz vor unfairer Behandlung

- Veranschaulichung durch Beispiel: Grundrecht auf persönliche Freiheit (BV 10) → Bewegungsfreiheit



A: ich muss wegen Baustelle einen Umweg auf meinem Heimweg machen (kein Eingriff)
B: Polizist führt mich ab (Eingriff in Grundrecht)

§4: DIMENSIONEN DER GRUNDRECHTE

I) Überblick

- Grundrechte sind v.a. subjektive Rechte d. Individuums; sie begründen durchsetzbare Rechtsansprüche, auf die sich d. Grundrechtsträger jederzeit berufen kann
- aber auch: objektive Gestaltungsprinzipien, die f. gesamtes Staatswesen bedeutsam u. daher alle staatl. Behörden in ihrem besonderen Zuständigkeitsbereich verpflichten
- *Schutzpflicht* d. Staates (aufgrund d. Gewaltmonopols), nicht nur wenn Gefährdung grundrechtlicher Güter (Leib, Leben, Eigentum) v. Naturkatastrophen od. v. Staat selbst kommt, sondern auch falls diese v. Mitbürgern kommt

II) Subjektiv-rechtliche Grundrechtsdimension

- Grundrechte in subjektiv-rechtlicher (individueller, justiziabler) Dimension sind seitens d. Träger unmittelbar geltende u. gerichtlich durchsetzbare Rechte; seitens d. Staates begründen sie direkt wirkende Bindungen
- Grundrecht kann Abwehr-, Leistungs-, od. Schutzansprüche beinhalten (schliessen sich nicht gegenseitig aus)

- subjektiv-rechtlicher Gehalt eines Grundrechts umschreibt Gesamtheit aller durchsetzbaren Ansprüche
- ein solcher *Anspruch ergibt sich*, wenn er, aufgrund d. Eindeutigkeit d. Grundrechtsnorm od. einer gefestigten Rechtssprechungspraxis, normativ *hinreichend bestimmt u. gefestigt* ist, so dass f. d. Umsetzung i. d. Rechtsanwendung *keine zusätzliche Konkretisierung durch den Gesetzgeber erforderlich* ist

1.Abwehransprüche
- •Grundrechte vermitteln den BürgerInnen *durchsetzbare Abwehrrechte gegenüber staatl. Eingriffen (=Abwehransprüche)*: Abwehrfunktion ist Hauptfunktion d. Grundrechte
- •sie bedürfen keiner zusätzlichen Konkretisierung durch d. Gesetzgeber
- •als Abwehrrechte schützen Grundrechte d. *Selbstherrschaft* d. Einzelnen

2.Leistungsansprüche
- •als Leistungsrechte führen Grundrechte zu individuellen Ansprüchen auf positives Tun des Staates
- •konkrete Ansprüche kommen in 2 Konstellationen zustande:
  - i) direkt aus der Bundesverfassung (BV 12; BV 19; BV 29,3)
  - ii) in bestimmten Ausnahmefällen verdichten sich die Anforderungen, die die Grundrechtsordnung der BV an das Verhalten der Behörden stellt, zu einem konkreten, verfassungsunmittelbar begründeten Leistungsanspruch (i.d.R. verbleibt dem Staat aber weiter Spielraum bei d. Def. seiner Leistungen)

3.Schutzansprüche
- •in ihrer *Schutzfunktion* sind Grundrechte auf d. Vermeidung von *Übergriffen durch Private* gerichtet
- •die grundrechtlichen Schutzpflichten richten sich zunächst an d. Gesetzgeber
- •aber: nicht aus jedem berechtigten Schutzbedürfnis entsteht ohne weiteres auch ein individ. Anspruch auf schützendes Eingreifen durch den Staat (da Konkretisierungsbedürftigkeit d. Schutzpflichten)

III) Objektiv-rechtliche Grundrechtsdimension

- Grundrechte als objektives, den Staat bindendes Recht, d. staatl. Hoheitsträger unabhängig vom Handeln d. BürgerInnen verpflichtet
- Grundrechte binden alle Träger staatl. Aufgaben u. sind folglich bei jeder staatl. Tätigkeit zu berücksichtigen
- Gesetzgeber ist aufgefordert, bei d. Ausgestaltung d. Rechtsordnung die Grundrechtsdimension d. gesetzl. Regelungen stets mitzubedenken

1. Umfassende Verwirklichung der Grundrechte (BV 35,1)
- •Verwirklichung d. Grundrechte betrifft *alle* Rechts*akte* – i.d. Rechts*setzung* u. i.d. Rechts*anwendung*
  - i) *Massstäblichkeit* bei der Rechtssetzung:
    Für d. Rechtsetzung ergibt sich d. Grundrechtsbindung aus dem höherem Rang d. Verfassungsnormen gegenüber allen anderen Rechtsnormen. Worauf Grundrechtsträger subjektiv Anspruch haben, das wird für staatl. Organe objektiv zur Pflicht. Zudem ist d. Rechtsordnung so auszugestalten, dass den Anliegen d. Grundrechte *Nachachtung* verschafft wird, d.h. d. rechtsetzenden Behörden sind somit u.U. gehalten, überhaupt gesetzgeberisch tätig zu werden oder gewisse Institutionen od. Verfahren zu schaffen.
  - ii) *Massgeblichkeit* für die Rechtsanwendung:
    Grundrechte in objektiv-rechtlicher Dimension sind zunächst wirksam als *Pflicht zu verfassungskonformen Auslegung*. Rechtsanwendungsakte müssen dort, wo Normen offen u. unbestimmt formuliert sind, der Grundrechtsordnung entsprechen.

2. Adressaten der Grundrechte (BV 35,2)
  - i) Grundsatz: BV betont in Art. 35,2 Grundrechtspflichtigkeit sämtl. Träger staatl. Aufgaben
  - ii) Grundrechtsbindung der Gemeinwesen:
    Sogar das *Volk* in Bund, Kantonen u. Gemeinden ist an d. Grundrechte gebunden, v.a., wenn es individuell-konkrete Hoheitsakte im Rahmen von Abstimmungen erlässt
  - iii) Besonderheiten: (i.d. Praxis ungeklärt)
    Einerseits gibt es d. Tätigkeit eines Gemeinwesens, d. nicht zur Erfüllung v. Staatsaufgaben beiträgt, und andererseits d. Tätigkeit v. Privaten, d. der Erfüllung v. Staatsaufgaben dient.

3. Wirkung der Grundrechte unter Privaten (BV 35,3)

- grundsätzl. gilt, dass jede Person selbst entscheidet, ob, mit wem, u. in welchen Formen sie privatrechtl. in Kontakt tritt (Privatautonomie) → Bsp. Ausnahme: BV 8,3
- würde man d. Grundrechte in *allen* Privatrechtsbeziehungen unmittelbar zur Anwendung bringen, d.h. d. Privaten im Verhältnis untereinander *ebenso stark an d. Grundrechte binden wie den Staat*, dann bliebe v. d. Privatautonomie nicht viel übrig.
- um d. private Gestaltungsfreiheit zu bewahren, wird d. Wirkung v. Grundrechten unter Privaten nur als eine *mittelbare Drittwirkung* verstanden (indirekte Horizontalwirkung)

IV) Verfahrensrechtliche Durchsetzung der Grundrechte

- es geht um d. *Durchsetzung des Grundrechtsschutzes* (!≠Geltung d. Grundrechte gegenüber Staat/Privaten)
- Schutzfunktion d. Grundrechte sinnlos, wenn sich der Einzelne gegen Beeinträchtigungen u. Verletzungen nicht zur Wehr setzen u. grundrechtswidrige Hoheitsakte f. ungültig erklären lassen kann
- die Schweiz kennt kein spezielles Verfassungsgericht, aber zur Grundrechtspflege sind prinzipiell alle Justizbehörden verpflichtet

1. Bund

- dem Bundesgericht (oberstes Gericht) obliegt d. Grundrechtspflege, vgl. BV 189 → verfassungsmässige Rechte: alle Individualgarantien, d. i.d. BV, i.d. Kantonsverfassungen u. in intern. Konventionen verankert
- d. Verfassungsgerichtsbarkeit i.d. Schweiz findet ihre Schranken in BV 191

2. Kantone

- BV 35,1: auch d. kanton. Rechtspflegeorgane sind durch die BV zur Grundrechtspflege verpflichtet: sie müssen kanton. Hoheitsakte auf ihre Übereinstimmung mit d. Kantonsverfassung, d. BV u. den internat. Grundrechtsgarantien hin überprüfen

3. Grundrechtspflege im Rahmen des Europarates

i) Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR):
er stellt d. Einhaltung d. Europ. Menschenrechtskonvention durch die Vertragsstaaten sicher. Der Gerichtshof kann sowohl v.d. Mitgliedstaaten, als auch durch Einzelpersonen angerufen werden. Die Gutheissung einer Beschwerde durch den EGMR führt zu einer Verurteilung d. betroffenen Staates. Das Urteil hat jedoch keine Gestaltungswirkung, und dem Gericht fehlen ausserdem direkte Durchsetzungs- u. Vollstreckungsmittel. Die Vertragsstaaten haben sich aber mit Unterzeichnung der Konvention verpflichtet, d. Urteile d. Gerichtshofs zu befolgen. Ein d. Schweiz verurteilender Entscheid des Strassburger Gerichtshofs (EGMR) kann zu einer Revision des innerstaatlichen Urteils führen.

4. Grundrechtspflege im Rahmen der UNO

i) Die UNO-Menschenrechtskommission:
es ist das wichtigste Organ d. Vereinten Nationen zum Schutz d. Menschenrechte, mit Grundlage i.d. UNO-Charta (Art 68.). Der Kommission gehören 53 Staaten an. Sie hat d. Kompetenz, Studien zu Veranlassen, Empfehlungen auszusprechen u. d. Textentwürfe f. internat. Menschenrechts-konventionen und -erklärungen zu verfassen. Die Kommission führt bei Verdacht auf Menschenrechtsverletzungen auch gezielte Untersuchungen durch.

ii) Der UNO-Menschenrechtsausschuss:
er ist mit 18 v. den Vertragsstaaten gewählten Mitgliedern als Vertragsorgan mit d. Durchsetzung des UNO-Pakt II befasst

iii) Weitere Organe:

- Ausschuss f. d. Abschaffung d. Diskriminierung d. Frau (CEDAW)
- Ausschuss f. d. Abschaffung d. Rassendiskriminierung (CERD)
- Ausschuss f. d. Rechte d. Kindes (CRC)

§5: TRÄGER DER GRUNDRECHTE – PERSÖNLICHER SCHUTZBEREICH

I) Einleitung

- Träger eines Grundrechts ist, wer vom persönlichen Schutzbereich dieses Rechts erfasst wird, u. somit aus diesem Grundrecht subjektive Ansprüche ableiten kann
- d. Grundrechtsträgerschaft muss f. jedes Grundrecht gesondert ermittelt werden
- d. Text d. BV verwendet verschiedene Bezeichnungen, um die Grundrechtsberechtigten zu identifizieren: „Mann u. Frau“ (BV 8,3); „Flüchtlinge“ (BV 25,2); „SchweizerInnen“ (BV 24,1); „ArbeitnehmerInnen“ bzw.„ArbeitgeberInnen“ (BV 28,1)
- Aufgrund d. uneinheitlichen Begriffsverwendung ist d. Verfassungstext aber keine verlässliche Quelle zur Bestimmung d. Grundrechtsträger: „jeder Mensch“ kann natürliche u./od. jur. Personen meinen (auch „jede Person“); „Wer...“ u. „Niemand...“ ist vage formuliert, genauso wie Gewährleistungen (BV 18 bis 21)

II) Natürliche Personen

1. Einleitung
   - •Natürliche Personen können Träger aller Grundrechte sein – dies gilt auch f. Personen mit beschränkter Handlungsfähigkeit (unmündige/entmündigte Menschen), oder auch für Personen, die in einem besonderen Näheverhältnis (besond. Rechtsverhältnis) zum Staat stehen (Bsp.: Beamte)
   - •Ausnahme: Bürgerrechte → stehen nur Personen mit Schweizer Bürgerrecht zu

2. Ungeborenes Leben
   - •Frage nach Beginn d. Grundrechtsträgerschaft ist in Lehre und Praxis nicht abschliessend geklärt
   - •das einschlägige Gesetzesrecht i.d. Schweiz lässt die (Rechts)Persönlichkeit des Menschen mit der vollendeten Geburt beginnen → ! aber ! : ob dem ungeborenen Leben auch Grundrechtsträgerschaft zukommt, ist nach wie vor seitens d. BV ungeklärt

3. Grundrechtsmündigkeit
   - •Unmündige u. Entmündigte sind Träger aller Grundrechte (auch wenn bspw. d. Pressefreiheit od. d. Vereinigungsfreiheit i.d. Lebenswirklichkeit v. Kindern keine zentrale Rolle spielt)
   - •Grundrechtsträgerschaft ≠ Grundrechts*mündigkeit*! →Grundrechtsmündigkeit meint d. prozessuale Handlungsfähigkeit bei Grundrechtsverletzungen (BV 11,2)

4. Tote (postmortaler Persönlichkeitsschutz)
   - •Bundesgericht hat es abgelehnt, d. BV einen Anspruch auf postmortalen Persönlichkeitsschutz zu entnehmen
   - •hingegen: Theorie d. *Andenkensschutzes* →nicht d. verstorbene Person selber, sondern nahe Angehörige verfügen über ein Persönlichkeitsrecht, das auch d. Wahrung v. Ansehen d. Toten umfassen kann
   - •zudem bejaht d. Bundesgericht sinngemäss eine Grundrechtskontinuität im Sinne einer Nachwirkung (d.h. bspw. Berücksichtigung des letzten Willen des Verstorbenen)
   - •Bestimmung des verfassungsrechtl. relevanten *Todeszeitpunkt*: massgeblich ist d. Hirntod, d.h. d. vollständige u. irreversible Funktionsausfall des Hirns einschliesslich des Hirnstammes

5. Ausländerinnen und Ausländer
   - •Grundrechte sind prinzipiell Menschenrechte u. stehen deshalb auch ausländischen Personen zu
   - •Einschränkungen: Niederlassungsfreiheit (BV 24); Verbot d. Ausweisung u. Auslieferung (BV 25,1)
   - •Sonderstellung: EU-BürgerInnen haben Niederlassungsfreiheit dank den bilateralen Verträgen

III) Juristische Personen

1. Grundsatz
   - Rechtsordnung stellt jur. Personen den natürlichen Personen in vielen Fragen gleich. Jur. Personen d. *Privatrechts* sind aller Rechte u. Pflichten fähig, d. nicht d. natürlichen Eigenschaften d. Menschen zur Notwendigen Voraussetzung haben – daraus folgt im Prinzip auch d. Grundrechtsfähigkeit

2. Beschränkung der Grundrechtsberechtigung auf juristische Personen des Privatrechts
   - jur. Personen d. *öffentl. Rechts* (z.B.: Kantone, Gemeinden, staatl. Anstalten wie Universitäten) können sich grundsätzlich nicht auf d. Grundrechte berufen
   - Ziel d. Grundrechte: keine Rechte staatl. Behörden, sondern Schutz d. grundlegenden Rechte d. Individuums gegenüber den Trägern staatl. Aufgaben
   - jur. Personen d. öffentl. Rechts sind deshalb grundrechts*verpflichtet*, prinzipiell aber nicht grundrechts*berechtigt* (Einschränkungen i.d. Praxis)

§6: SACHLICHER SCHUTZBEREICH

I) Sachlicher Schutzbereich

1. Grundsatz
   - d. *persönliche* Schutzbereich eines Grundrechts bestimmt d. *Grundrechtsträgerschaft*
   - d. *sachliche* Schutzbereich eines Grundrechts umschreibt d. *subjektiven Ansprüche*
   - je nach Ziel d. Grundrechts wird ein subjektives Recht auf Abwehr, Leistung u./od. Schutz begründet

2. Besondere Struktur d. Gleichheitsrechte
   - anders als Freiheitsrechte begründen Gleichheitsrechte keine definitiven, an den Staat gerichteten Handlungs- od. Unterlassungsgebote
   - anders als Freiheitsrechte haben Gleichheitsrechte keinen klar umschriebenen „Schutzbereich“

3. Ermittlung des Schutzbereichs
   - Ausgangspunkt ist d. *Wortlaut* d. jeweiligen Garantie, d.h. i.d.R. ein blosses Stichwort
     → Konkretisierung d. Grundrechte (Gehalt u. Tragweite ermitteln) erfüllen d. Verfassungsgerichte
   - i.d. Schweiz hat das Bundesgericht in einer reichhaltigen u. kreativen Rechtsprechung die aus den Grundrechten fliessenden Ansprüche umschrieben
   - Schutzbereich eines Grundrechts ist nicht starr, u. auch nicht ein für allemal verbindlich festgelegt, sondern ist tendenziell offen u. unterliegt nach Massgabe neuer Bedrohungs- u. Bedürfnislagen auch der Möglichkeit einer Weiterentwicklung

II) Kerngehalt

1. Grundsatz
   - Kerngehalt umschreibt jenen Gehalt des sachlichen Schutzbereichs eines Grundrechts, der *absoluten Schutz* vor Verletzung bietet u. deshalb *unter keinen Umständen* eingeschränkt werden darf
   - somit sind v.a. dem Gesetzgeber Schranken gezogen, die in keinem Fall – auch nicht in Zeiten wirtschaftl. Not, od. bei Bedrängung durch Krieg od. Terrorismus – überschritten werden dürfen

2. Ermittlung des Kerngehalts
   i) Ausgangslage:
   Der Kerngehalt ist f. jedes Grundrecht gesondert zu ermitteln. Bei d. Konkretisierung d. Kerngehalte sind verschiedene Aspekte massgebend: Sinn des jeweiligen Grundrechts? Bedeutung d. Grundrechts f. Integrität u. Entfaltung des Einzelnen? Historisch Kontext des Grundrechts? Teilweise ist auch die Rechtsvergleichung mit anderen Rechtsordnungen west. Kulturkreise u. den dort

anerkannten Kerngehaltsgarantien.

ii) Indikatoren im Normtext:

In einzelnen Fällen haben Kerngehaltsgarantien i.d. Text d. BV Aufnahme gefunden (z.B.: BV 10). Wegweisend f. d. Benennung v. Kerngehalten ist d. Verfassung d. Kantons Bern, welche bei den Einzelnen Grundrechten jeweils auch die Kerngehaltsbedingungen angibt

iii) Impulse des Völkerrechts

In verschiedenen Menschenrechtsverträgen werden einzelne Garantien ausdrücklich als „notstandsfest" bezeichnet. Notstandsfeste Garantien dürfen auch in Kriegs- u. anderen Notstandsfällen nicht ausser Kraft gesetzt werden, z.B.: Verbot d. Folter u. anderer unmenschlicher od. erniedrigender Behandlung od. Bestrafung, Sklavereiverbot, Verbot rückwirkender Strafgesetze

§7: EINSCHRÄNKUNGEN VON GRUNDRECHTEN (BV 36)

I) Vorbemerkungen

- Grundrechte müssen grundsätzlich *eingriffsresistent* sein, um ihr spezifische Schutzfunktionen zu erfüllen
- aber: Einschränkungen od. Relativierungen von grundrechtl. vermittelten Ansprüchen können unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein
- Eingriffsvoraussetzungen haben Verfassungsrang (BV 36), sind also d. Disposition d. Gesetzgebers entzogen

1. Die Grundrechte der Bundesverfassung

•Einschränkung v. Grundrechten ist verfassungskonform: Voraussetzungen BV 36

→ diese Voraussetzungen müssen kummulativ erfüllt sein

•BV 36 ist auf d. Einschränkung v. Freiheitsrechten zugeschnitten, u. bspw. wenig sachgerecht für Gleichheitsgarantien (z.B.: Menschenwürdeschutz, Vertrauensschutz, Willkürverbot) und Garantien, die grundrechtl. Schutz- u. Leistungspflichten vermitteln

2. Justiziable Garantien des internationalen Menschenrechtsschutzes

•d. justiziablen Garantien v. EMRK u. UNO-Pakt II unterliegen ähnlichen Eingriffsschranken wie die Freiheitsrechte der BV, aber d. Voraussetzungen zur Einschränkung einer Garantie sind jeweils in der entsprechenden Norm selber aufgeführt

II) Prüfschema im Überblick (Rechtfertigungsgründe bei Beschränkung von Freiheitsrechten)

1) Fällt der Vorgang unter den *sachlichen Schutzbereich* eines Freiheitsrechts und betrifft er eine Person, die Trägerin des fraglichen Freiheitsrechts ist (nachfolgend [III])?
2) Stellt der Vorgang einen *Eingriff in diesen Schutzbereich* dar (nachfolgend [IV])?
3) Ist dieser Eingriff *verfassungskonform*? Erfordernisse aus BV 36 kummulativ erfüllen (nachfolgend V bis VIII)

III) Schutzbereich (vgl. M2, §5 u. §6)

- ob Eingriff in ein Freiheitsrecht zulässig ist, fragt sich nur, wenn d. umstrittene Hoheitsakt überhaupt jene Sphäre betrifft, welche durch d. *angesprochene Freiheitsrecht* geschützt wir
- prüfen, ob d. Sachverhalt i.d. Schutzbereich eines Grundrechts fällt, u. betr. Person Träger v. demselben ist

IV) Eingriff

1. Begriff und Formen

a) Grundsatz:

•d. Beeinträchtigung d. Grundrechts beruht auf einem Eingriff, wenn sie dem Staat zuzurechnen ist

b) *Unmittelbare Beeinträchtigung*:

•oft Erfolgt ein Eingriff durch einen *förmlichen Rechtsakt* (d.h. individual-konkrete Verfügung od.

generell-abstrakter Rechtssatz), und d. grundrechtliche Beeinträchtigung erfolgt *unmittelbar* aus d. staatl. Massnahme

c) *Faktische Beeinträchtigungen:*

•Grundrechtsansprüche können auch durch faktisches Handeln (Realakte) verkürzt werden

→ z.B.: körperliche Übergriffe d. Polizei an einem Inhaftierten

d) *Mittelbare Beeinträchtigungen:*

•i.d.R. nicht vom Staat als Beeinträchtigungen beabsichtigt, sondern basierend auf einer legitimen Handlung, die als Reflex auf den Schutzbereich eines Grundrechts wirkt

→in Solchen Fällen ist ein Eingriff nur zu bejahen, wenn Beeinträchtigung dem Staat wegen eingriffsgleicher Wirkungen zuzurechnen ist

•gefestigte Kriterien hierzu wurden bislang kaum erarbeitet, ausschlaggebend ist d. *Intensität* (vgl. nachfolgen Ziffer 2) der Beeinträchtigung

•nicht jede staatl. Massnahme, d. sich auf Freiheitsbetätigung auswirkt, ist ein Grundrechtseingriff

→vgl. Bspe. S. 242, Mitte u. unten

2. Eingriffsintensität

•in Lehre u. Rechtsprechung bisher keine verallg. Kriterien vorhanden, zur Abgrenzung zw. schweren, weniger schweren, u. gar leichten Eingriffen

•Eingriff gilt als umso schwerer, je stärker er d. grundrechtlich vermittelten Ansprüche verkürzt, entspr. wird d. Eingriffsintensität nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt; auf d. subjektive Empfinden des Betroffenen kommt es nicht an

•generelle Abgrenzungskriterien gibt es nur in einzelnen Sachbereichen, wie bspw. Eigentumsgarantie od. Bewegungsfreiheit (vgl. Bspe. S. 243, Mitte)

•d. Eingriffsintensität muss v. Fall zu Fall bestimmt werden

V) Gesetzliche Grundlage (BV 36,1)

1. Ausgangslage:

•BV 36,1 fasst *Legalitätsprinzip* aus BV 5 wieder auf u. konkretisiert es

→Grundrechtseingriff braucht in jedem Fall eine *rechtmässige Grundlage*

→schwerwiegender Grundrechtseingriff muss in einem *Gesetz im formellen Sinn* vorgesehen sein

→in Fällen dringender, nicht anders abwendbarer Gefahr kann d. polizeil. Generalklausel als Ersatz einer rechtssatzmässigen Grundlage dienen

•auch Eingriffe in d. Garantien v. EMRK u. UNO-Menschenrechtspakten verlangen nach gesetzlicher Grundlage, aber d. Anforderungen sind weniger streng als im Bundesverfassungsrecht

2. Grundrechtsspezifische Funktionen des Gesetzmässigkeitsprinzips

•*Rechtsgleichheit*: generell-abstrakte Norm, damit Eingriffe in Grundrechte „rechtsgleich" erfolgen (d.h. alle Personen in vergleichbaren Situationen werden gleich behandelt)

•*Rechtssicherheit*: Voraussehbarkeit u. somit Berechenbarkeit staatl. Handelns

•*Handlungsanweisungen*: für d. Grundrechtsverpflichteten muss Norm hinreichend präzise sein, um Grenzen zulässiger Staatstätigkeit zu bestimmen, u. sachgerechte, willkürfreie Rechtsanwendung zu ermöglichen

•*demokratische Legitimation* haben nur jene Normen, d. d. Parlament als Volksvertretung in einem rechtl. normierten u.f. verschiedenste Standpunkte offenen Verfahren verabschiedet

•*gerichtlich nachprüfen* kann man grundrechtsbeschränkende Massnahmen am allgemeinen Massstab des Gesetzes

3. Erfordernis der rechtssatzmässigen Grundlage (BV 36,1,Satz 1)

•Beschränkung eines Freiheitsrechts bedarf einer hinreichend bestimmten Rechtssatzgrundlage, aber diese *Bestimmtheit* ist nicht in absoluter Weise zu verstehen, sondern die Norm muss so präzise formuliert sein, dass d. Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach richten können

Bundesgericht: „...Bestimmtheitsgrad hängt u.a. v. d. Vielfalt d. zu ordnenden Sachverhalte, v. Komplexität u. Vorhersehbarkeit d. im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, v. den Normadressaten, v. Schwere d. Eingriffs in Verfassungsrechte,...“

4. Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bei schweren Grundrechtseingriffen (BV 36,1Satz 2)
   - •schwere Eingriffe „im Gesetz selbst“ vorsehen → *Normstufe* des eingriffsbegründenden Rechtssatzes
   - •schwerwiegende Eingriffe bedürfen Regelung in einem *formellen Gesetz* (genügende Norm*stufe*), das zudem i. d. wesentlichen Punkten *klar u. unzweideutig formuliert* ist (genügende Norm*dichte*)
   - •je schwerwiegender d. Eingriff, desto differenzierter u. breiter demokratisch legitimiert muss er sein
   - •Anforderungen an eine hinreichend konkrete Rechtsnorm:
     - Eingriff ist für den Einzelnen *voraussehbar*
     - rechtsanwendende Behörden können gleich gelagerte Fälle rechtsgleich handhaben
     - *Tragweite* der Norm ist für Parlament u. Stimmvolk *erkennbar*
     - Norm vermittelt *Handlungsanweisungen* f. rechtsanwendende Behörden
     - *fraglicher schwerer Eingriff* kann anschliessend von einer Justizbehörde anhand einer gesetzl. Regelung *überprüft* werden

5. Verordnungen als Eingriffsgrundlage
   - i) Grundsatz:
     - •schwere Grundrechtseingriffe: qualifizierte Anforderungen an d. Normstufe
     - •weniger schwere Eingriffe: Verordnung *kann* als Grundlage genügen (wenn rechtmässig zustande gekommen
   - ii) Anforderungen an die Rechtmässigkeit einer Verordnung
     - •Verordnungen sind verfassungskonform, wenn d. Gesetzgeber d. Befugnis zur Rechtsetzung förmlich an den Verordnungsgeber (i.d.R. Exekutive) übertragen hat
     - •auf kanton. Ebene ist Delegation v. Rechtsetzungsbefugnissen zulässig, wenn folg. *kumulativ* erfüllt ist:
       - Delegation ist durch das kanton. Recht nicht ausgeschlossen
       - Delegation ist in einem formellen Gesetz enthalten
       - Delegation bezieht sich inhaltlich auf ein bestimmte Materie
       - Formelles Gesetz selber umschreibt die Grundzüge (Inhalt, Zweck u. Ausmass) der Regelung bei schwerwiegenden Eingriffen
   - iii) Bedeutung für die Verfassungskonformität von Grundrechtseingriffen
     - •für *schwere Beeinträchtigungen* muss d. formelle Gesetz (≠Verordnung) selbst den Eingriff zumindest in den Grundzügen abstrakt nennen d.h. Inhalt, Zweck u. Ausmass d. eingriffsbezogenen Regelung
       - →sind diese Voraussetzungen gegeben, dürfen weitere Einzelheiten des Eingriffs auch in einer *formell rechtmässigen* (d.h. rechtmässig delegierten) Verordnung geregelt werden
       - →fehlt auch nur eine dieser *vier Voraussetzungen*, so ist d. schwere Eingriff *unzulässig*
     - •für *weniger schwere/leichte Eingriffe* genügt d. Erfüllung der ersten 3 Delegationserfordernisse
     - •vgl. Bsp. S. 247, Mitte

6. Eingriffe ohne spezifische Grundlage
   - i) Ausnahmen gemäss BV 36,1,Satz 3 – „Polizeiliche Generalklausel“:
     - •Grundrechtseingriffe sind ausnahmsweise auch ohne gesetzl. Grundlage möglich, nämlich in Fällen ernster, unmittelbarer u. nicht anders abwendbarer Gefahr
     - •d. Anwendung d. Polizeiklausel ist an folg. 4 Voraussetzungen gebunden:
       - es müssen *besonders hochstehende Schutzgüter* v. Staat od. Privaten betroffen sein
       - es muss eine *schwere u. unmittelbare Gefahr* f. diese Schutzgüter bestehen, od. bereits eine *schwere Störung eingetreten* sein
       - es ist *zeitliche Dringlichkeit* geboten
       - es bestehen *keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen*
   - ii) Ausnahmen wegen der Sachherrschaft des Gemeinwesens über den öffentlichen Grund:
     - •versch. Grundrechte lassen sich nur sachgerecht wahrnehmen, wenn zu deren Ausübung der

öff. Grund benutzt werden kann (z.B.: Betrieb v. Verkaufsständen an Märkten)

•verwaltungsrechtl. fallen diese Fälle unter den sog. *gesteigerten Gemeingebrauch öff. Sachen* (vgl. M4,§2,IV/3)

•ständige, aber zunehmend umstrittene Rechtsprechung des Bundesgericht:

„Einschränkungen d. Grundrechtsausübung *in diesem Bereich sind auch ohne gesetzliche Grundlage zulässig*. Kantone u. Gemeinden können also den gesteigerten Gemeingebrauch ohne Weiteres v. einer Bewilligung abhängig machen u. d. Ausübung einschränken. Die *Sachherrschaft des Gemeinwesens über den öff. Grund* dient als *Surrogat für eine fehlende gesetzliche Grundlage*

•da d. neue BV den Ausnahmetatbestand d. öff. Sachherrschaft nicht kennt, wird man in Zukunft in solchen Fällen eine gesetzl. Grundlage fordern müssen →auch *gesteigert*. Gemeingebrauch gehört zu den gemeinverträglichen Nutzungen des öff. Grundes →wenn jemand den öff. Grund zur Ausübung seiner Grundrechte gebraucht, müssen Bewilligungs*pflichten* auf einer gesetzl. Grundlage gestützt sein

iii) Ausnahmen bei Sonderstatusverhältnissen:

•auch Personen mit einem Sonderstatusverhältnis („besonderes Rechtsverhältnis“) zum Staat (z.B.: Strafgefangene) sind Grundrechtsträger, aber in solchen Fällen sind d. Anforderungen an den eingriffsbegründenden Rechtssatz u.U. weniger streng:

- bzgl. *Normstufe*: d. *zwangsweise Begründung* des Sonderstatusverhältnisses (bspw. eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe) und d. *wesentliche Inhalt* des Sonderstatusverhältnisses (namentlich Art u. mögliche Höchstdauer eines Freiheitsentzugs) müssen in jedem Fall eine Begründung im *formellen Gesetz* haben; doch die Regelung der *Einzelheiten* (z.B.: der Vollzugsordnung) kann vom Gesetzgeber *delegiert* werden
- bzgl. Normdichte: in manchen Fällen klar, eindeutig u. einfach formulierte Verordnungen

7. Zusammenfassung

•abgesehen v. den Ausnahmefällen aus BV 36,1,Satz 3, müssen Grundrechtsbeschränkungen auf einem formell u. materiell verfassungsmässigen Rechtssatz beruhen. Je schwerer der Eingriff, desto höher d. Anforderungen an d. gesetzl. Grundlage. Schwere Eingriffe benötigen klare, unzweideutige Regelung im formellen Gesetz

VI) Genügendes Eingriffsinteresse (BV 36,2)

- grundsätzl. sind d. zuläss. Eingriffsmotive auf öff. Inter. bzw. auf Schutz v. Grundrechten Dritter beschränkt
- für gewisse Grundrechte enthält d. BV selber Anhaltspunkte, welche Eingriffsinteressen nicht als zulässig gelten (bspw.: BV 94,4)
- legitime Eingriffszwecke – wenn auch offen u. unbestimmt – finden sich auch i.d. EMRK u.ä.

1. Öffentliches Interesse

•über d. Bestand v. öff. Interessen im Allgemeinen u. über zuläss. Eingriffsinteressen im Besonderen äussert sich die BV nicht

•in Lehre u. Rechtsprechung ist unbestritten, dass Grundrechtseingriffe nur durch Interessen legitimiert werden, d. *i.d. Rechtsordnung Anerkennung* gefunden haben u. somit als *Anliegen der Rechtsgemeinschaft* ausgewiesen sind

•allgemein anerkannte Eingriffsinteressen:

i) Polizeigüter: öff. Ordnung; öff. Sicherheit (v.a. Leib, Leben, Freiheit,...); öff. Gesundheit, öff. Sittlichkeit sowie Treu u. Glauben im Geschäftsverkehr

ii) Erfüllung v. verfassungsrechtlich ausgewiesenen Staatsaufgaben (Aufg. des Gemeinwesens): bspw. Interessen des Umweltschutzes (BV 74) od. der Raumplanung (BV 75), sozialpolitische Interessen (BV 111 ff.)

•d. Interessen, d. für d. Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs herangezogen werden dürfen, stehen nicht ein für allemal u. unverrückbar fest

2. Schutz von Grundrechten Dritter

- d. Freiheit eines jeden findet dort ihre Schranken, wo die Freiheit des anderen beginnt
- „Grundrechte Dritter“ stellt erst dann ein legitimes Eingriffsinteresse dar, wenn d. Eingriff dem Schutz konkret gefährdeter Grundrechtspositionen dient, nicht wenn abstrakt die Möglichkeit einer Gefahr besteht (vgl. Bsp. S. 253)

VII) Verhältnismässigkeit (BV 36,3)

1. Begriff

- auch d. Verfolgung öff. Interessen rechtfertigt nicht jedes Mittel – d. Staat muss sich bei d. Verfolgung legitimer Zwecke jener Mittel enthalten, d. den Einzelnen unverhältnismässig stark beeinträchtigen
- zu prüfen ist, ob d. Eingriff zur Verwirklichung eines anerkannten Interesses tatsächlich geeignet u. erforderlich ist u. in einem vernünftigen Verhältnis zum Freiheitsverzicht steht
- auch d. EMRK u. d. UNO-Pakt II führen d. Verhältnismässigkeitsprinzip in die Prüfung ein

2. Eignung

- eine behördliche Anordnung muss geeignet sein, d. angestrebte, im öff. Interesse liegende Ziel zu erreichen (= *Zwecktauglichkeit* od. *Zielkonformität*)

3. Erforderlichkeit

- Eingriffe in Freiheitsrechte müssen unterbleiben, wenn eine gleichermassen geeignete, aber mildere Anordnung d. anvisierte Ziel ebenso gut erreicht
- Eingriffe dürfen in *sachlicher*, *räumlicher*, *zeitlicher* u. *personeller* Hinsicht nicht über d. Notwendige hinausgehen
- Massnahmen, d. sich gegen versch. Personen richten, sollen in erster Linie jene treffen, d. zum behördlichen Einschreiten Anlass gegeben haben

4. Zumutbarkeit

- Ist die staatliche Massnahme (Grundrechtseingriff) in einem angemessenen Verhältnis zwischen öffentlichen und privaten Interessen?
- Eingriff in ein Grundrecht ist nur dann verhältnismässig, wenn er dem Einzelnen auch *zumutbar* ist, d.h. wenn d. Betroffene einen Eingriff in seine Grundrechte hinnehmen *muss*, damit sich d. öff. Interesse verwirklichen kann (Verhältnismässigkeit von Eingriffs*zweck* u. Eingriffs*wirkung*)
- d. Prüfung d. Zumutbarkeit ist anspruchsvoll, da sie ein sorgfältiges Abwägen zwischen allen im Spiel stehenden Interessen voraussetzt – subjektive Wertungen sind dabei kaum zu vermeiden
- vgl. Bsp. S. 257

VIII) Kerngehalt (BV 36,4)

- wird i.d. *Kerngehalt* (vgl. M2,§6,II) eines Grundrechts eingegriffen, erweist sich d. Eingriff per se als *verfassungswidrig*, da der Kerngehalt unantastbar ist

§8: VORBEMERKUNGEN ZUM VERFASSUNGSRECHTLICHEN PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ (§9 - §13)

I) Funktion

- zum verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz lassen sich i.e.S. jene Grundrechte zählen, d. *besonders eng mit d. Person u. d. Persönlichkeit ihrer Träger verbunden* sind, weil sie am Eigenwert d. Individuums anknüpfen u. d. Integrität d. Person sichern
- d. BV nimmt jedoch nicht jegliche Ausprägung d. individ. Persönlichkeit unter ihren Schutz, sondern vielmehr d. *elementarsten Rechte* d. Einzelnen, d. f. ein selbstbestimmtes u. zugleich gemeinschaftsbezogenes Leben in Würde u. Freiheit unabdingbar sind

II) Geltungsbereich

- Grundrechte d. verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes sind Menschenrechte u. stehen somit prinzipiell jedem Menschen zu
- nicht abschliessend geklärt: inwiefern der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz auch juristische Personen d. Privatrechts schützt – das ist f. jedes Grundrecht gesondert zu beantworten
- d. Verfassung schützt d. Persönlichkeit d. Einzelnen durch verschiedene Grundrechte, d. je einen besonderen Aspekt d. individuellen Existenz, Integrität od. Persönlichkeitsentfaltung betonen, nämlich: d. Menschenwürde (BV 7), Rechte auf Leben u. auf persönl. Freiheit (BV 10 i.V.m. BV 31), Schutz d. Privatsphäre (BV 13), Rechte auf Ehe u. Familie (BV 14) sowie Schutz vor Ausweisung, Auslieferung u. Ausschaffung (BV 25)

III) Prüfprogramm

- Verfassungskonformität v. Eingriffen in d. Grundrecht d. verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes wird grundsätzlich nach Massgabe d. Schrankennorm v. BV 36 (vgl. M2,§7) geprüft
- einige d. aufgeführten Garantien stellen in sich Kerngehalte dar u. können nicht beschränkt werden

§9: MENSCHENWÜRDE (BV 7)

I) Funktion

- Garantie zielt darauf ab, „die Menschen vor solchen Behandlungen zu schützen, d. *wir heute aufgrund unserer bisherigen Erfahrungen als unmenschlich erkennen* u. weder uns selber noch irgend einem anderen Menschen zumuten dürfen
- Bedeutung d. Menschenwürde auf verschiedenen Ebenen:
    - *objektiv-rechtliche* Ebene: Menschenwürde ist *oberstes Konstitutionsprinzip d. Staates* u. somit ein Zielwert, an dem sich d. *gesamte Rechtsordnung* auszurichten hat. Vor diesem Hintergrund bildet d. Menschenwürde d. *Ausgangspunkt u. d. Leitlinie f. d. Konkretisierung d. übrigen Grundrechte*, insbesondere f. deren Kerngehalte
    - *subjektiv-rechtliche* Ebene: Menschenwürde als *justiziables Grundrecht*

II) Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich
    - Menschenwürde steht jedem Menschen *voraussetzungslos* zu
    - juristische Personen werden vom Schutzbereich nicht erfasst

2. Sachlicher Schutzbereich
    - ist in Lehre u. Rechtsprechung erst ansatzweise konkretisiert – d. Garantie i.d. BV entzieht sich einer abschliessenden inhaltlichen Festlegung
    - Geltungsbereich d. Würdegarantie bezieht sich auf sämtlich Lebenssphären (Querschnittfunktion), gleichzeitig ist er aber auf den Kern dessen beschränkt, was den Menschen in seinem Menschsein ausmacht; nur jene Aspekte d. menschl. Lebens sind erfasst, d. f. den Einzelnen fundamentale Bedeutung haben
    - subjektiv-rechtlicher Grundrechtsgehalt der Würdegarantie (bspw. Recht auf schickliche Bestattung)
    - objektiv-rechtlicher Gehalt: ist in allen Bereichen staatl. Tätigkeit zu beachten; wird vom Bundesgericht in Zusammenhängen angesprochen, d. einen besonders engen Bezug zum verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutz aufweisen

III) Einschränkungen und Kerngehalt

- subjektiv-rechtlicher Gehalt d. Menschenwürde *stellt in sich einen Kerngehalt dar*, weshalb d. Garantie keine

Einschränkungen erduldet

§10: RECHT AUF LEBEN (BV 10,1)

I) Funktion

- BV stellt mit Art. 10 d. physische Leben unter Schutz u. garantiert somit d. Grundlage menschl. Seins
- Leben ist unabdingbare tatsächliche Voraussetzung jedes Grundrechtsschutzes → „primäres Grundrecht"
- Grundrecht auf Leben kann menschliches Leben jedoch nicht absolut schützen, es bietet dem Einzelnen aber verfassungsrechtlichen Schutz vor bestimmten Formen d. Tötung

II) Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich
   - •Recht af Leben steht jeder natürlichen Person uneingeschränkt u. voraussetzungslos zu, unbesehen ihres geistigen, körperlichen od. gesundheitlichen Zustands – d. BV kennt kein lebensunwertes Leben
   - •über grundrechtlich relevanten Beginn u. Ende d. Lebens äussert sich BV 10,1 nicht (vgl. M2,§5,II)

2. Sachlicher Schutzbereich
   - i) Überblick:
     - -Geltungsbereich d. grundrechtlichen Lebensschutzes erstreckt sich auf d. Gesamtheit d. körperlichen u. geistigen Funktionen, d. f. den Menschen v. lebensnotwendiger Bedeutung sind u. d. Menschen als Lebewesen kennzeichnen
     - -Recht auf Leben ist ein klassisches *Abwehrrecht*
   - ii) Todesstrafe:
     - -Anordnung u. Vollzug d. Todesstrafe sind i. d. Schweiz *ausdrücklich u. absolut* verboten
     - -Verbot stellt mithin einen *Kerngehalt* dar
   - iii) Auslieferung bei *drohender Todesstrafe*:
     - -ergibt sich aus dem Tötungsverbot
     - -Bundesgericht lässt eine Auslieferung in ein Land, das Todesstrafe als Sanktion kennt, nur unter folg. Voraussetzungen zu: Staat muss *verbindliche Zusicherung* abgeben, dass im konkreten Verfahren Todesstrafe *nicht beantragt, nicht verhängt u. nicht vollstreckt* wird
   - iv) Gewaltanwendung mit Todesfolge:
     - -Gewaltanwendung durch staatl. Sicherheitskräfte ist *nicht generell verboten*. Führt solche Gewaltanwendung zum Tod eines Menschen, liegt immer ein Eingriff in Schutzbereich, aber nicht in jedem Fall auch eine *Verletzung d. Grundrechtsgarantie* vor
     - -*keine* Verletzung liegt vor, wenn Gewaltanwendung unter strikter Achtung des *Verhältnismässigkeitsprinzips* erfolgt u. f. Erreichung eines *legitimen Ziels absolut notwendig* ist
       - [1] Tötung ist *ungewollte* Folge einer staatl. Gewaltanwendung:
         - •*keine* Verletzung d. Rechts auf Leben, wenn Gewaltanwendung zur Erreichung eines *legitimen Ziels* diente u. hierfür *absolut notwendig*
         - •2 legitime Ziele: (a) *Festnahme* einer Person, wenn diese *Gefahr f. Leib u. Leben* anderer darstellt u. verdächtigt wird, ein Gewaltverbrechen begangen zu haben; (b) Unterdrückung eines *Aufstands*
       - [2] Tötung ist *gewollte* Folge einer staatl. Gewaltanwendung:
         - •*keine* Verletzung d. Rechts auf Leben, wenn in *Notwehrsituation absolut erforderlich*, d.h. wenn *gezielte Tötung letztes u. einziges Mittel* ist, um jemanden aus *akuter Lebensgefahr* zu retten (Notwehr od. Nothilfe)
     - -selbst bei Einhaltung oben genannter Voraussetzungen, kann Recht auf Leben verletzt sein, nämlich, *wenn Sicherheitsbehörden unnötigerweise in Situation versetzt* wurden, welche Gewaltanwendung mit (gewollter od. ungewollter) Todesfolge unumgänglich machte
     - → Organisation u. Kontrolle einer derartigen Operation müssen gewähren, dass alle

Massnahmen zur Schonung menschl. Lebens getroffen werden (vgl. Bsp. S. 264/265)

v) Staatliche Schutzpflichten / grundrechtliche Schutzansprüche:

-aus Recht auf Leben ergibt sich auch positive *Verpflichtung* d. Staates, d. Leben d. Einzelnen *mit allen zumutbaren Mitteln* zu schützen (*präventive* Schutzmassnahmen), wenn dieses einer ernsthaften u. konkreten Gefährdung durch *private Gewalt* ausgesetzt ist (vgl. Bsp. S. 265)

-erhöhte Schutzpflicht bei Personen in *staatl. Gewahrsam* (bspw. Haft, geschlossene Anstalt): nicht nur bei *Gefährdung durch Dritte*, sonder auch bei erkennbarer *Suizidgefahr*

→ Vollstreckung v. Freiheitsstrafen mit Folge v. sicherem/sehr wahrscheinlichem Tod od. dauernde, schwere Krankheit des Häftlings ist *verfassungswidrig*

-Europ. Gerichtshof f. Menschenrechte leitet aus Recht auf Leben auch Anspruch *auf Aufklärung d. Todesumstände* ab (Strafverfolgung Dritter)

§11: PERSÖNLICHE FREIHEIT (BV 10,2 U. 3)

I) Funktion

- Garantie der persönlichen Freiheit (BV 10,2 u. 3) umfasst generell jene Freiheiten, d. ele*mentare Erscheinungen d. Persönlichkeitsentfaltung* darstellen u. dem Einzelnen ein *Mindestmass an persönl. Entfaltungsmöglichkeit* erlauben

II) Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich

•vom Schutzbereich werden alle *natürliche Personen* unbesehen ihrer Staatsangehörigkeit

•*juristische* Personen werden *nicht* erfasst

2. Sachlicher Schutzbereich

i) Persönliche Freiheit i.e.S.: Grundlegende Aspekte menschlicher Existenz

-persönliche Freiheit schützt generell jene Bereiche menschl. Betätigung, d. f. ein *selbstbestimmtes Leben in Würde u. Freiheit unerlässlich* sind

-Bundesgericht hat Schutzbereich persönl. Freiheit in zahlreichen Entscheiden konkretisiert u. gefestigt:

→ zu den elementaren Erscheinungen d. Persönlichkeitsentfaltung gehört insbesondere d. *Selbstbestimmungsrecht* (Recht, über wesentliche Aspekte d. eigenen Lebens selber zu entscheiden), hierzu gehört Recht, über Art u. Zeitpunkt der Beendigung d. eigenen Lebens zu bestimmen u. darüber zu verfügen, was mit dem eigenen Körper nach dem Tod geschieht

→ persönliche Freiheit ist *nicht* mit einer *allgemeinen Handlungsfreiheit* gleichzusetzen, d.h. die Garantie schützt nicht vor jeglichem physischen od. psychischen Missbehagen; Beschränkung v. Alltagsbedürfnissen berührt Schutzbereich nicht

→ nicht zu den elementaren Erscheinungen d. Persönlichkeitsentfaltung gehört bspw. die Möglichkeit, an Spielautomaten zu spielen

ii) Körperliche Unversehrtheit:

-schützt d. Menschen als *physisches* Wesen → Recht, frei über d. eigenen Körper zu verfügen

-schützt d. menschl. Körper vor jeglichem Eingriff, egal ob dieser schmerzhaft od. gar nicht wahrnehmbar, gesundheitsgefährdend od. heilend, schwerwiegend od. vergleichsweise harmlos ist, willentlich od. ungewollt erfolgt

-*Selbstbestimmungsrecht* auch f. körperliche Integrität (namentlich bzgl. medizinischer Eingriffe) (vgl. Bsp. S. 270, oben)

iii) Geistige Unversehrtheit:

-Konkretisierung d. Selbstbestimmungsrechts: garantiert d. Integrität d. Bewusstseins, d.h. die

unbeeinflusste Wahrnehmungs- u. Entscheidfähigkeit eines Menschen
-Beeinträchtigung d. Schutzes insbesondere durch zwangsweise Verabreichung v. *bewusstseinsverändernden Substanzen* wie Psychopharmaka, Alkohol od. Drogen → Aufgrund d. starken Veränderung d. geistigen (u. mittelbar auch d. körperlichen) Zustand handelt es sich i.d.R. um schwere Eingriffe (vgl. Bsp. S. 270, unten)

iv) Bewegungsfreiheit:
-Recht, sich nach *seinem Willen u. ohne staatl. Eingriffe* fortzubewegen (auch hier wieder: *keine* allgemeine Handlungsfreiheit, sondern bloss zentrale Aspekte; vgl. Bsp. S. 271)
-schützt vor Freiheits*beschränkungen*, d.h. staatl. Massnahmen, d. eine Person gegen od. ohne ihren Willen daran hindern, einen ihr rechtlich u. tatsächlich zugänglichen Ort aufzusuchen od. zu verlassen (von der Eingriffsintensität her: *leichte Eingriffe*)
-schützt vor Freiheits*entziehungen*, d.h. Person wird v. Staat *gegen od. ohne ihren Willen* an einem *bestimmten, begrenzten Ort* f. eine *gewisse Dauer* festgehalten (Freiheit d. Bewegung nach jeder Richtung hin aufgehoben (von der Eingriffsintensität her: schwere Eingriffe)
-Abgrenzung zw. Freiheitsentzug u. Freiheitsbeschränkung ist graduell (vgl. Bsp. S. 272,oben)

v) insbesondere: Ausgestaltung von Haftbedingungen:
-besonders detaillierte Regeln: Sicherstellung d. Mindestvorschriften f. einen menschenwürdigen Vollzug
-nebst Abwehrrechten auch Leistungsansprüche (vgl. Bsp. S. 272, unten)

vi) Staatliche Schutzpflichten / grundrechtliche Schutzansprüche
-*justiziable* Schutzansprüche: insbesondere sind Polizeiorgane verpflichtet, den Einzelnen gegen bekannte, ernsthafte Gefahr f. körperl. u. sex. Integrität zu schützen (Strafverfolgungsbehörden sind entsprechen verpflichtet, Delikte zu ahnden)
-*positive Pflicht* d. Staates zum Schutz d. Integrität d. Einzelnen erfordert darüber hinaus d. Einrichtung u. wirksame Anwendung eins *Strafrechtssystems*

3. Kerngehalt

i) Grundsatz:
-zw. Beeinträchtigungen d. körp. u. geist. Unversehrtheit u. d. Bewegungsfreiheit lässt sich oft keine klare Grenze ziehen (Bundesgericht hat sich bisher nur punktuell zum Kerngehalt geäussert, vgl. Bsp. S. 273, unten)

ii) Verbot der *Folter u. der grausamen, unmenschlichen u. erniedrigenden Behandlung od. Bestrafung*:
-diese Garantie stellt einen Kerngehalt d. persönlichen Freiheit dar
-Verbot gilt absolut u. erträgt keine Relativierungen
→ Folter: *zielgerichtete u. absichtliche Zufügung v. schwersten körperlichen od. seelischen Leiden* (vgl. Bsp. S. 274, oben)
→grausam, unmenschlich od. erniedrigend ist Behandlung od. Bestrafung, wenn sie *schwere körp. od. seelische Leiden u. Verletzungen* verursacht, bzw. beim Opfer *Gefühle d. Angst u. Ohnmacht erzeugt;* zielgerichtetes Verhalten ist nicht erforderlich (vgl. Bsp. S. 274, Mitte)

iii) Weitere Kerngehaltsverletzungen von BV 10,2 (Aufzählung):
-Verwendung v. Lügendetektoren, Narkoanalysen, Wahrheitsseren etc. sowie Massnahmen, welche Vernichtung d. Persönlichkeit mit sich bringen od. geeignet sind, schwere psychische Störungen hervorzurufen (bspw. strenge Isolationshaft in Kleinstzellen)
-schwerste Eingriffe i. d. sexuelle Integrität (bspw. Zwangssterilisation od. –kastration)
-Missbrauch d. Menschen zu Forschungszwecken (bspw. medikamentöse Zwangsbehandlung mit experimentellem Charakter, Organentnahme am lebenden Menschen)
-Freiheitsentziehungen ohne jede Angabe v. Gründen od. ohne minimale Verfahrensgarantien

III) Einschränkungen

- Eingriffe i. d. abwehrrechtlichen Gehalte d. persönl. Freiheit, die *nicht Kerngehalte darstellen* sind unter den Voraussetzungen v. BV 36 erlaubt
- differenzierte Regeln bestehen f. Eingriffe i. d. Bewegungsfreiheit:

→ Freiheitsbeschränkungen: Anwendung der Schrankenregelung v. BV 36

→ Freiheitsentziehungen: nur zulässig, wenn gesetzl. vorgesehen u. auf d. im Gesetz vorgesehenen Weise erfolgt (BV 31)

IV) Abgrenzungen

- siehe BV 31 u. BV 24

§12: SCHUTZ DER PRIVATSPHÄRE (BV 13)

I) Funktion und Bedeutung

- BV 13 gewährt ein *Mindestmass an Privatheit* u. einen Lebensbereich f. freie Entwicklung u. Entfaltung d. Persönlichkeit
- BV 10,2 garantiert peröl. Freiheit, um Existenz u. Integrität d. Einzelnen zu wahren, BV 13 hingegen schützt Mensch als *soziales Wesen* u. Unversehrtheit dessen *Lebensgestaltung*

II) Schutzbereich

1. Persönlicher Schutzbereich
   - •Recht auf Privatsphäre steht grundsätzlich allen *natürlichen* Personen zu
   - •*juristische* Personen können sich auf Teilgehalte berufen (bspw. Achtung d. Wohnung, Briefverkehr,..)

2. Sachlicher Schutzbereich
   - •Schutz der Privatsphäre gilt überall, d.h. auch im öffentl. Raum, nicht nur i.d. eigenen vier Wänden
   - •Teilgehalte v. BV 13: i) bis vi)

   i) Achtung des *Privatlebens*:
   - -garantiert Geheim- u. Intimsphäre
   - -Freiheit d. Beziehungslebens, d.h. jeder Persons Recht, persönl. Beziehungen zu anderen Menschen einzugehen u. zu pflegen, od. aber solche Beziehungen abzulehnen (v.a. sexuelle Selbstbestimmung)

   ii) Achtung des Familienlebens:
   - -garantiert Zusammenleben u. Pflege persönl. Kontakte unter Familienmitgliedern, u. schützt davor, vom Staat zum Zusammenleben i.d. Familie gezwungen zu werden
   - -Begriff „Familie“ nicht auf Kernfamilie (verheiratetes Paar mit minderjähr. Kindern) beschränkt
   - -Anwendungsbereich v. BV 13 unter Voraussetzung, dass familiäre Beziehung *tatsächlich gelebt* wird u. eine *gewisse Nähe* zw. Familienmitgliedern besteht
   - -Familienleben i.S.v. BV 13 liegt vor, wenn mehrere d. folgenden Elemente gegeben: Blutsverwandtschaft, Zusammenleben, gegenseitige Fürsorgepflicht, finanz. Abhängigkeit,...
   - -weniger weit reicht verfassungsrechtlicher Schutz gleichgeschlechtlicher Partnerschaften; diese können sich aber auf Achtung d. Privatlebens u. auf Diskriminierungsverbot (BV 8,2) stützen

   iii) Insbesondere bei Beeinträchtigung durch ausländerrechtliche Massnahmen:
   - -Befugnis im Ausländerrecht, nicht ausgewiesen zu werden od. Aufenthaltsbewilligung zu bekommen, um Bestand u. Erhalt der Familie zu schützen
   - -BV 13: Anspruch v. Familienangehörigen auf Anwesenheit i.d. Schweiz wenn folg vorhanden:
     1. *intakte u. tatsächlich gelebte* familiäre Beziehung zu einer i.d. Schweiz lebenden Person
     2. diese Person hat ein *gefestigtes Anwesenheitsrecht* i.d. Schweiz

   iv) Achtung der Wohnung:
   - -umfasst räumlichen Aspekt d. Privatsphäre
   - -hierzu zählen auch: Balkon, Hotelzimmer, Wohnwagen, Übernachtung im Boot, Garten
   - -Auto gilt bspw. nicht als Wohnung, daher auch leichter f. Polizei zu durchsuchen

-schützt vor unbefugtem (physischem, visuellem, auditivem) Eindringen v. Staatsorganen
-staatl. Massnahmen (Anordnung v. Zugangsbeschränkungen; Fernhalteverfügungen) werden ebenfalls erfasst
-Schutzintensität reicht bei Geschäftsräumen weniger weit

v) Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses:
-schützt Privatsphäre bei Verwendung v. Kommunikationsmitteln wie Post (auch Postkarte) Telefon, Telegrafie, Internet oder E-Mail, u. auch künftige Entwicklungen
-ob d. Kommunikation durch hoheitlichen od. privaten Anbieter vermittelt wird, ist unerheblich
-ebenfalls geschützt ist Korrespondenz v. Personen in besonderen Rechtsverhältnissen, bspw. Untersuchungs- u. Strafgefangene, Rechtsvertreter
-ebenfalls geschützt sind *Rahmendaten*, wenn bspw. Staat registriert „A hat B am 12.5.2006) eine SMS geschrieben" ohne den Inhalt der SMS zu registrieren

vi) Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten:
-Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung: selber darüber bestimmen, ob, wem u. wann man persönliche Lebenssachverhalte, Gedanken, Empfindungen od. Gefühle offenbaren will
-umfasst jede Bearbeitung (Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren u. Weitergeben) v. personenbezogenen Angaben
-erfasst wird bspw. d. erkennungsdienstliche Bearbeitung v. DNA-Profilen od. polizeil. Video-überwachung öffentl. Räume
-geschützt sind alle eigenen, personenbezogenen Daten
-Schutz kann sich nur verwirklichen, wenn Möglichkeit d. Einsicht in Datensammlungen besteht
→ Ansprüche auf staatl. Leistungen, auch auf Berichtigung od. Löschung v. Daten
-vgl. Bsp. S. 282/283

3. Kerngehalt
•bis zum heutigen Zeitpunkt kaum konkretisiert
•nach Lehre ist jedenfalls unzulässig, durch direkte staatl. Anordnung zur Vornahme od. Erduldung sexueller Handlungen erzwungen zu werden

III) Einschränkungen

- sind unter den Voraussetzungen v. BV 36 zulässig

IV) Abgrenzungen

- schwierig u. bisher nicht restlos geklärt ist d. Frage, wann d. Freiheit d. Lebensgestaltung unter den Schutz d. Privatsphäre (BV 13,1) u. wann unter d. Freiheit d. Person (BV 10,2) fällt
- falls es d. Privatheit d. Lebensgestaltung betrifft (bspw. Partnerwahl): BV 13,1
- falls es ganz individuelle Aspekte d. Lebensgestaltung betrifft (bspw. Vegetarismus): BV 10,2

§13: SCHUTZ VOR AUSWEISUNG, AUSLIEFERUNG UND AUSSCHAFFUNG (BV 25)

- Ausweisung: feststellender, belastender (kein befehlender) Verwaltungsakt um Ausländer aus d. Land zu schaffen u. Wiedereinreise verbieten
- Auslieferung: Überstellen einer dort per Haftbefehl gesuchten verdächtigen Person in ein anderes Land
- Ausschaffung („Abschiebung"): zwangsweise Vollzug eines rechtskräftigen Weg- od. Ausweisungsentscheids

I) Funktion

- BV 25,1 ist inhaltlich eng mit d. Niederlassungsfreiheit verbunden u. schliesst gedanklich an diese an
- BV 25,2 u. BV 25,3 schützen elementare Rechtsgüter d. Einzelnen, u. stehen in engem Zusammenhang mit Recht auf Leben (BV 10,1), persönliche Freiheit (BV 10,2 u. 10,3) u. Menschenwürde (BV 7)

II) Persönlicher und sachlicher Schutzbereich

1. Ausweisung und Auslieferung von Schweizer Staatsangehörigen
   - Ausweisung gleichzusetzen mit verbindlicher Verpflichtung zum Verlassen d. Staatsgebiets, i.d.R. verbunden mit Rückkehrverbot
   - Ausländer können unter bestimmten Voraussetzungen ausgewiesen werden
   - Ausländer können widerwillig ausgeliefert werden, wenn weder BV 25,2 noch BV 25,3 erfüllt ist
   - nicht verbotene Auslieferung v. Schweizer Staatsangehörigen: Überstellung an internationales Gericht

2. Ausschaffung und Auslieferung von Flüchtlingen in Verfolgerstaaten
   - Flüchtling: Person, d. in ihrem Heimatstaat od. im Land, i.d. sie zuletzt wohnte, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe od. wegen ihrer polit. Anschauung ernsthaften Nachteilen ausgesetzt ist od. begründete Furcht hat, solchen ausgesetzt zu werden

3. Ausschaffung in Folterstaaten
   - BV 25,3 schützt (anders als BV 25,2) nicht nur Flüchtlinge, sondern generell alle *natürlichen* Personen
   - über Wortlaut v. BV 25,3 hinaus besteht Schutz nicht nur bei Ausschaffung, sondern auch bei Auslieferung (CH-Behörden verlangen ggf. Zusicherung, dass keine Grundrechtsverletzung eintritt)

III) Einschränkungen

- Schrankennorm v. BV 36 kommt im Fall v. BV 25,1 nicht zur Anwendung
- von BV 25,2 darf ausnahmsweise abgewichen werden, wenn bei Flüchtling „erhebliche Gründe f. d. Annahme vorliegen, dass dieser d. Sicherheit d. Schweiz gefährdet, od. als gemeingefährlich einzustufen ist, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens od. Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist
- BV 25,3 gilt als Grundsatz d. zwingenden Völkerrechts *absolut*, u. stellt Kerngehalt v. BV 25 dar!

MODUL 3: DAS HANDELN DER VERWALTUNG DURCH VERFÜGUNG

§1: VERWALTUNG, VERWALTUNGSAUFGABEN UND VERWALTUNGSTRÄGER

I) Was bedeutet Verwaltung?

1. Eingrenzung auf die öffentliche Verwaltung
   - „privat“: Banken verwalten Finanzen, Swisscom und IKEA haben bspw. Verwaltungsräte
   - öffentliche Verwaltung: Verwaltung d. Staates, d.h. Gemeindeverwaltung, Bezirksverwaltung, kanton. Verwaltung, Bundesverwaltung
   - im Folgenden ist allein v. d. öffentliche Verwaltung die Rede

2. Einordnung in die Gewaltenteilung
   - Herrschaftsbefugnisse sind in rechtsstaatlichen Demokratien auf mehrere „Gewalten“ (Staatsorgane) aufgeteilt
   - *funktionelle* Gewaltenteilung: jede Staatstätigkeit wird einer der *3 Staatsfunktionen* (Rechtsetzung, Staatsleitung/Vollziehung, od. Rechtsprechung) zugeordnet
   - *organisatorische* Gewaltenteilung: die 3 Staatsfunktionen werden versch. Staats*organen* (Behörden) übertragen, die voneinander unabhängig sind – diese Staatsorgane sind d. Legislative (=Parlament), d. Exekutive (=Regierung/Verwaltung) u. d. Judikative (=Gericht) →dies schliesst jedoch nicht aus, dass einem Organ, nebst seiner Hauptfunktion, auch d. Besorgung vom Aufgabenbereich der jeweils anderen Staatsfunktionen obliegt

3. Verwaltung im organisatorischen Sinn:
   - Gesamtheit d. Verwaltungsbehörden unter Einschluss jener Privatrechtssubjekte, die mit Erfüllung v. Verwaltungsaufgaben betraut sind →Verwaltung ist in diesem Sinn eine *Behörde/Organ*
   - Privatrechtssubjekte sind nicht wirklich „Behörden“, daher ist v. Verwaltungsträgern d. Rede

4. Verwaltung im funktionellen Sinn:
   - Gesamtheit d. Verwaltungstätigkeit →Verwaltung ist in diesem Sinn eine *Tätigkeit*

   i) Negativ: Verwaltung als Nicht-Rechtsetzung und Nicht-Rechtsprechung
      - -negative Umschreibung hat keinen Erkenntniswert, da sie eine Präzise Definition d. Begriffe „Rechtsetzung“ u. „Rechtsprechung“ voraussetzt

   ii) Positiv: Öffentl. Verwaltung als *Besorgung gesetzlich übertragener Staatsaufgaben durch das Gemeinwesen*
      1) „Staatsaufgaben“: Tätigkeitsfelder, d. kraft *Verfassung u. Gesetz* dem Staat zugewiesen sind (≠öffentliche Aufgaben!) – dass Tätigkeit nur „im öffentl. Interesse“ liegt, reicht nicht
      2) „gesetzlich übertragen“: mit diesem Definitionsteil wird *primäre Rechtsetzung* (nämlich Verfassungs- u. Gesetzgebung) als Gegenstand d. Verwaltungstätigkeit *ausgeschlossen*
      3) „Besorgung“: Aufgaben sind im Sinne v. Verfassung u. Gesetz zu verwirklichen
         - →Verwaltung ist fremdbestimmtes Handeln; Selbststeuerung nur im Rahmen d. gesetzl. Auftrags möglich
         - →wenn Verwaltungsträger in Erfüllung ihrer Aufgaben Rechtsverhältnisse regeln, ist dies *Rechtsanwendung* (≠ Streitschlichtung im Sinn v. Rechtsprechung)
         - →„Besorgung“: nicht immer formgebundene u. rechtsverbindliche Handlungen, sondern vielmehr formfreie u. nicht auf Rechtswirkung angelegte Tathandlungen, sog. *Realakte*
      4) „durch das Gemeinwesen“: besorgt werden Aufgaben durch Verwaltung im organ. Sinn, d.h. durch Verwaltungsträger mit Einschluss der ihnen zuzurechn. Privatrechtssubjekte

II) Die Aufgaben der Verwaltung

- im Folgenden sind d. Verwaltungsaufgaben *nach typischen Zwecken* gegliedert, was aber rechtl. irrelevant ist

1. *Ordnungsaufgaben*: bestimmte Zustände aufrechterhalten u. gegen Störungen abschirmen →*bewahrender* Charakter, oft polizeiliche Aufgaben (Bspe.: Sicherheits- u. Verkehrspolizei, Gewerbeaufsicht, Feuerwehr,…)

2. *Sozialpolitische Aufgaben*: Schutz u. Unterstützung benachteiligter Gruppen, mit korrigierenden Eingriffen in Selbstregulierungskräfte d. Marktes, um gesellschftl. u. wirtschftl. Ungleichheiten zu beseitigen/mindern
   →*ausgleichender, korrigierender* Charakter (Bspe.: Arbeitnehmer-, Konsumentenschutz, Stipendienwesen)

3. *Lenkungsaufgaben*: streben bestimmte Zustände an (bspw. Vollbeschäftigung, Währungsstabilität)
   →*prospektiver* Charakter
   →Problem: auch sozialpolit. Aufgaben lenken, aber hier v.a. wirtschaftspolit. Lenkung, Umweltschutz,…
   →Bspe.: Raumplanung, Energiepolitik, Landwirtschaftspolitik

4. *Infrastrukturaufgaben*: Bereitstellung öffentl. Dienste (Service public, unentbehrliche Leistungen)
   →*dienstleistender* Charakter (Bspe.: Bau u. Betrieb v. Verkehrsnetzen, Schulen, Spitäler, Wasser, Strom)

III) Die Zentralverwaltung als wichtigster Träger der Verwaltung (siehe auch M3, §2)

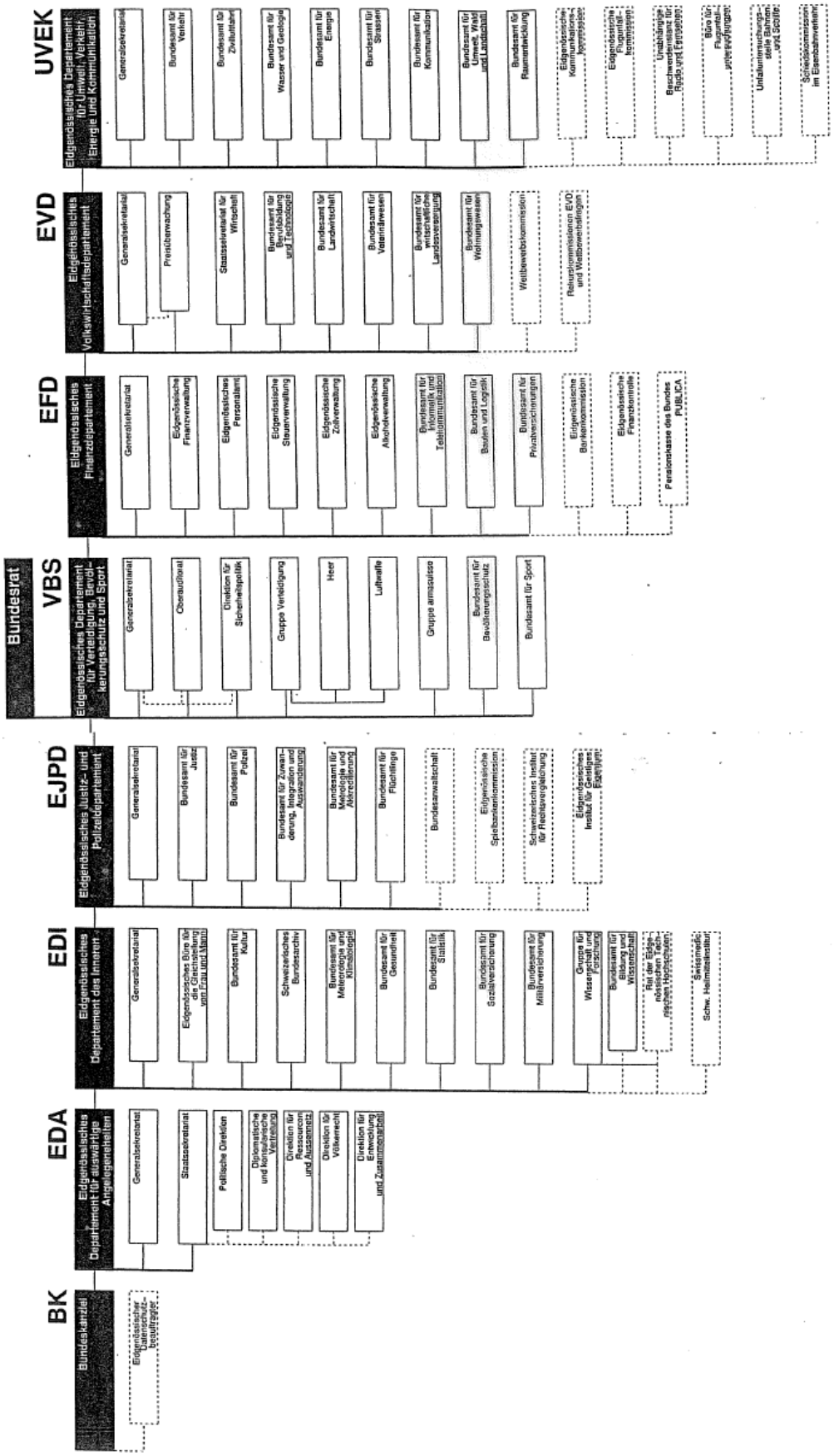
- Verwaltungsaufgaben müssen von Verwaltungsträgern besorgt werden →wichtigster: Zentralverwaltung
- auch DIE Verwaltung od. *unmittelbare Staatsverwaltung* genannt, ist Zentralverwaltung d. Zusammenfassung der mit Verwaltungstätigkeiten befassten Stellen, zu einem in sich geschlossenen Gefüge v. Verwaltungseinheiten (Departemente u. Ämter)
- neben Bund verfügen auch Kantone u. Gemeinden über Zentralverwaltungen

IV) Weitere Verwaltungsträger (werden hier nicht behandelt)

- Gemeinwesen kann zur Besorgung v. Verwaltungsaufgaben auch Organisationen u. Personen ausserhalb d. Zentralverwaltung einsetzen →*dezentralisierte Verwaltung*, od. *mittelbare Staatsverwaltung*
- Bspe.: Schweizerische Post, ETH, Uni Bern, Kirchgemeinden, „Pro Helvetia“

§2: ZENTRALVERWALTUNG

I) Der Aufbau einer Zentralverwaltung am Beispiel der Bundesverwaltung (vgl. S. 312!)



Wichtig!: >Bundeskanzlei wirkt als Stabstelle d. Bundesrats; ist also kein „8. Departement“
>Generalsekretariate wirken als Stabsstellen der Departemente (stehen also über den Ämtern)
>alle Bundesämter stehen rechtlich auf derselben Stufe

II) Organisationsgewalt

- Befugnis, über Errichtung, Änderung u. Aufhebung v. Verwaltungsträgern zu entscheiden
- Befugnis, d. Zuteilung d. Aufgaben auf d. Verwaltungsträger vorzunehmen
- Befugnis, Arbeitsabläufe festzulegen
- für Bundesverwaltung gilt folg. Lösung: BV 164,1,g; BV 178; BV 179; RVOG 2; RVOG 3; RVOG 8; RVOG 35 bis RVOG 46,a

III) Verwaltungseinheit und Verwaltungsfunktionär

- Verwaltungseinheiten: Gliederungsebenen d. Zentralverwaltung („Kästchen" i. d. schematischen Darstellung), d.h. Depte., Gruppen u. Ämter (innerhalb eines Amtes: Direktion, Abteilungen, Sektionen, Dienste, usw.)
- Verwaltungsfunktionär: auf den versch. Gliederungsebenen werden handelnde Einzelpersonen eingesetzt, d. die Amtsverrichtungen vornehmen: Beamte, Angestellte, od. sonstige Beauftragte →Verwaltungsfunktionäre, auch agents publics, od. Amtsinhaber genannt

IV) Zuständigkeit der Verwaltungseinheit

- Zuständigkeit: Recht u. Pflicht einer Verwaltungseinheit, in einer best. Sache, an einem best. Ort u. in einer best. Funktion tätig zu werden →jede Verwaltungseinheit verfügt über ihre eigenen Zuständigkeiten
- f. d. Bund ist dies Hauptsächlich im RVOG umschrieben
- *sachliche* Zuständigkeit: Aufgabenbereich, i.d.R. Bezeichnung d. Verwaltungseinheit aufschlussreich →z.B.: Bundesamt f. Zivilluftfahrt – Abteilung Sicherheit Flugtechnik – Sektion Unterhaltsbetriebe u. -personal
- *örtliche* Zuständigkeit: fällt i.d.R. mit Territorium d. Körperschaft zusammen, so bspw. ist ein Bundesamt f. das Gesamte Gebiet d. Eidgenossenschaft zuständig; der örtliche Zuständigkeitsbereich kann aber auch auf mehrere Verwaltungseinheiten mit gleicher Sachzuständigkeit aufgeteilt werden
- funktionelle Zuständigkeit: in einer Angelegenheit sind nacheinander mehrere Verwaltungseinheiten befasst, die zueinander in hierarchischem Verhältnis stehen

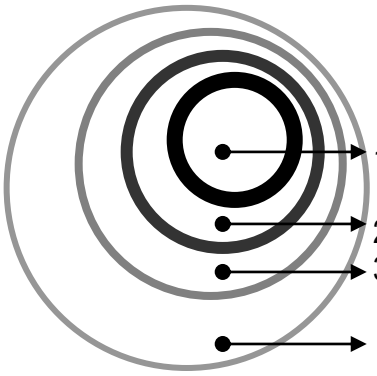
V) Hierarchie

- jede Verwaltungseinheit (ausser die oberste) ist einer anderen untergeordnet
- jede Verwaltungseinheit (ausser die unterste) ist einer od. mehreren anderen übergeordnet

→hierarchisch dargestelltes Schema d. Zentralverwaltung hat also Form einer *Pyramide*

- Hierarchie i. d. Zentralverwaltung des Bundes: Bundesrat – Depte. – Gruppen – Bundesämter – Direktion - Hauptabteilungen – Abteilungen – Sektionen – Dienste
- wichtigste Rechtswirkungen d. hierarchischen Organisationsform:
  - *Dienstaufsicht*: übergeordnete Verwaltungseinheiten sind befugt, Handlungen untergeordneter solcher (bzw. unterstellter Verwaltungsfunktionäre) zu veranlassen, zu leiten, zu kontrollieren u. zu korrigieren. Hierfür können beaufsichtigende Verwaltungseinheiten *Dienstbefehle* an nachgeordnete Einheiten od. Personen erteilen →Dienstbefehl: Anweisung, wie in best. Verwaltungsangelegenheit zu verfahren ist
  - *Selbsteintritt* (Evokation): RVOG 47,4; RVOG 38; Selbsteintritt ist Sonderfall d. Dienstaufsicht
  - *Dienstweg*: wer mit Dienstanweisungen einer höheren Stelle nicht einverstanden ist, hat seine Bedenken zunächst seiner direkt vorgesetzten Stelle vorzubringen
- wichtigste Funktionen einer hierarchischen Organisation:
  - *Sicherstellung politischer Verantwortung*: BV 169,1; BV 187,1,b →diese Verantwortlichkeit setzt voraus, dass sich Regierung gegenüber ihren Verwaltungseinheiten einfach u. wirksam durchsetzen kann
  - *Sicherstellung v. Leistungsfähigkeit u. Koordination*: klare Zuständigkeiten u. Entscheidungswege, wenig Doppelspurigkeiten, weniger Kompetenzkonflikte (RVOG 38; RVOG 45)

Exkurs: Das 4-Kreise-Modell



- Arten der Privatisierung:
  - i) *Organisationsprivatisierung*/*Erfüllungsprivatisierung*: Übertragung v. Verwaltungsaufgaben auf privatrechtl. Organisierte Verwaltungsträger (z.B.: Swisscom, SEV)
  - ii) *Aufgabenprivatisierung*: Verzicht auf staatl. Aufgabenerfüllung (z.B.: Aufhebung einer landwirtschaftlichen Schule)
  - iii) *Vermögensprivatisierung* (*Eigentumsprivatisierung*):Veräusserung staatl. Eigentums an Private (z.B.: Verkauf v. Liegenschaften, sog. „Desinvestition“)
  - iv) *Finanzierungsprivatisierung*: Einbezug v. Privaten i.d. Finanzierung öffentl. Aufgaben (z.B.: Grundeigentümerbeiträge f. Erschliessungen)

§3: HANDLUNGSFORMEN DER VERWALTUNG

I) Wozu braucht die Verwaltung Handlungsformen?

- vgl. Bsp. S. 316, unten →Handlungen v. Verwaltungsträgern lassen sich nach best. Merkmalen gruppieren, durch dessen wechselnde Kombination abstrakte Gestalttypen definiert werden, die sog. Handlungsformen, welche jeweils ein best. rechtliches Profil mit sich ziehen
- 2 rechtliche Bedeutungen:
  - •*Standardisierung d. Verwaltungshandelns*: an Handlungsformen sind Rechtsfolgen geknüpft, womit sich best. Rechtsprobleme relativ rasch u. mit geringem Aufwand gleichbleibend u. voraussehbar lösen lassen
  - •*Disziplinierung d. Verwaltungshandelns*: Verwaltungsträger müssen den Aufgabenerfüllungsprozess vorausschauend gliedern u. mit formalisierten Handlungen durchsetzen

II) Was versteht man unter „Verwaltungsrechtsverhältnis“?

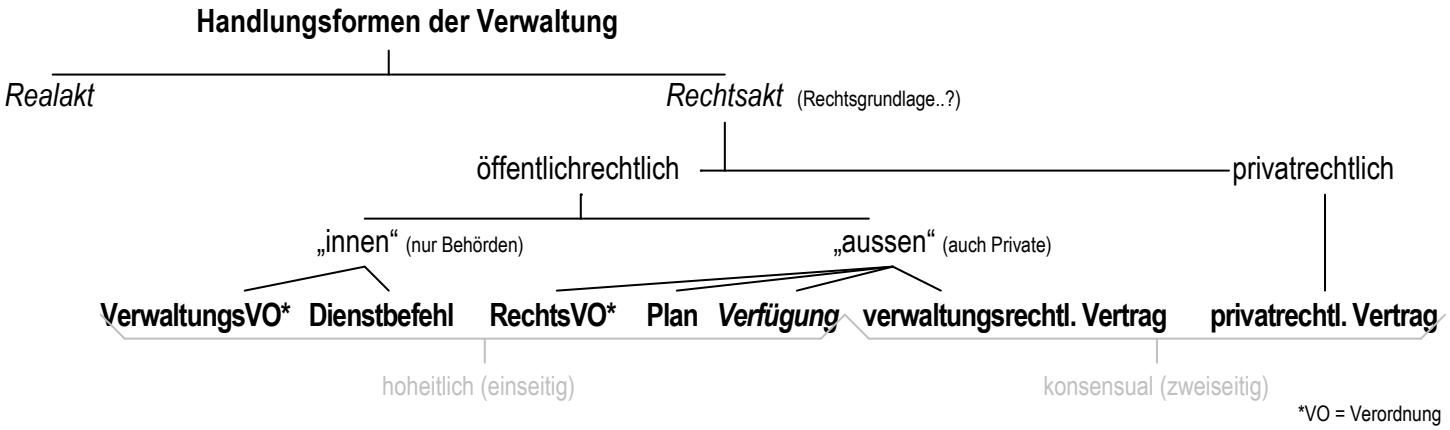
- *Rechtsverhältnis* allgemein: eine rechtsnormgestaltete Beziehung zw. 2 od. mehreren Subjekten
- *Verwaltungsrechtsverhältnis* (Rechtsverhältnis im öffentl. Recht): die von verwaltungsrechtl. Verpflichtungen od. Befugnissen geprägte Beziehung zw. Gemeinwesen u. Privaten, zur Erfüllung v. Verwaltungsaufgaben
  →Abgrenzung zw. Rechtsbindungen u. Verhaltenseinflüssen (seitens d. Staates) nichtrechtl. Natur
  →Rechtsverhältnisse schaffen od. ändern individualisierte, konkretisierte Rechte u. Pflichten
- Verwaltungsrechtsverhältnisse entstehen i.d.R. durch Verfügung (vgl. M3,§3,III)

III) Die Verfügung als wichtigste Handlungsform zur Regelung von Verwaltungsrechtsverhältnissen

- die übrigen Handlungsformen (nebst Verfügung), mit denen konkrete Rechte u. Pflichten festgelegt werden können, sind tatsächlich u. rechtlich v. geringerer Bedeutung
- Wichtigste Funktionen, welche die Verfügung eine herausragende Rolle spielen lassen:
  - •*verwaltungsökonomische* Funktion: Verfügung verschafft Verwaltungsträger d. Vorrecht, Rechtsverhältnisse einseitig festzulegen, d.h. ohne Zustimmung d. betreff. Partei, aber letztere kann Beschwerde einreichen/anfechten
  - •*verfahrensrechtliche* Funktion: Verfügung stiftet gültigen Vollstreckungstitel; ohne sie ist grundsätzlich

auch kein Schutz durch Verwaltungsjustiz erhältlich
•*rechtsstaatliche* Funktion: Verfügung konkretisiert in geregeltem Verfahrensablauf die generell-abstrakten Normen d. Verwaltungsrechts f. den Einzelfall

IV) Die Handlungsformen im Überblick



→VerwaltungsVO: ordnet die Besorgung v. Verwaltungsangelegenheiten in generell-abstrakter Weise (generalisierte Dienstanweisung), „innenwirksam“
→Dienstbefehl: Handlungsanweisung d. vorgesetzten Behörde/Person an eine ihr unterstellte Behörde/Person in einer konkreten Verwaltungsangelegenheit, d.h. eine Weisung im Einzelfall
→RechtsVO: wirkt generell-abstrakt, „aussenwirksam“

§4: BEGRIFF DER VERFÜGUNG

I) Der Verfügungsbegriff im Überblick

- Verfügung ist d. *Anordnung einer Behörde* (vgl. II), mit d. im *Einzelfall* (vgl. III) ein *Rechtsverhältnis geregelt* wird (vgl. IV), in *einseitiger* (vgl. V) u. *verbindlicher* (vgl. VI) Weise, *gestützt auf öffentl. Recht* (vgl. VII)
- in Sachgesetzgebung steht f. Verfügung auch: „-ausweis“ (z.B.: Führer-); „-schein“; „-bewilligung“ (z.B.: Bau-)
- weitere Bezeichnungen: Anordnung, Genehmigung, Ermächtigung, Erlaubnis, Verbot
- besondere Typen v. Verfügungen: Konzession, Subvention, Steuerveranlagung, ggf. Verkehrssignale
- Verfügungsbegriff hier erörtert anhand v. bundesrechtlichen Vorgaben (ggf. anders: kanton. Recht)
- Verfügungsbegriff Form d. Verfügung (vgl. M3,§6)

II) Anordnung einer Behörde

- „Behörde“: jeder Verwaltungsträger, der mit Erfüllung v. Staatsaufgaben betraut ist (vgl. VwVG 1)
- Wer zur Staatsaufgabenerfüllung sachlich, örtlich u. funktionell zuständig ist, ist auch zuständig, damit verbundene Verwaltungsrechtsverhältnisse durch Verfügung zu regeln
- Erlass einer Verfügung ist entbehrlich, wenn Recht/Pflichten ausreichend bestimmt aus Rechtssatz ersichtlich

III) Einzelfall

- individuell bestimmter Adressat od. Adressatenkreis (best. Anzahl Personen) u. konkreter (d.h. best., zeitlich u. räumlich abgrenzbarer) Lebenssachverhalt →*individuell-konkret*
- *generell*-konkrete Anordnungen sind auch noch Verfügungen, sog. *Allgemeinverfügungen*

IV) Regelung eines Rechtsverhältnisses

- Anordnung d. Behörde ist auf Herbeiführung eines rechtl. Erfolgs im Verhältnis zw. Staat u. Bürger gerichtet
- vgl. VwVG 5,1,a-c
- *keine* Verfügung:
  - •*organisatorische Anordnung* eines Verwaltungsträgers: einseitig, verbindlich, *innerbetriebliches* Verhältnis
  - •*Real*akte d. Verwaltung: nicht auf *Rechts*erfolg gerichtet (z.B. Auskünfte, Empfehlungen, Ankündigungen)
- Verweis, Verwarnung od. Androhung können Verfügung sein, wenn sie d. *Vorstufe zu einer mögl. schärferen Massnahme* bilden u. somit aktuelle Rechtsstellung d. Privaten bereit verschlechtern

V) Einseitigkeit

- Verwaltungsträger kann Rechtsverhältnis regeln, ohne auf *Einverständnis* d. Privaten i. d. Sache angewiesen zu sein, aber
  - •gewisse Verfügungen sind *antrags- od. mitwirkungsbedürftig* (vgl. M3,§5,V)
  - •gewisse Verfahren tragen *Verhandlungsmomente* in sich (bspw. Baubewilligungsverfahren)
  - •Parteien im Verwaltungsverfahren haben allgemein Anspruch auf rechtl. Gehör (vgl. M3,§7,III)
- Einseitigkeit wird v. betroffenen Privaten allenfalls als störend empfunden, jedoch durch Gehörsansprüche u. ausgebautem Rechtsschutzsystem kompensiert

VI) Verbindlichkeit

- Verfügung entfaltet Rechtswirksamkeit u. kann nötigenfalls zwangsweise durchgesetzt werden
- Rechtswirksamkeit:
  - •v. den Rechten (die durch Verfügung eingeräumt) kann befugterweise Gebrauch gemacht werden
  - •(durch Verfügung festgesetzte) Pflichten sind Verbindlichkeiten rechtl. Natur
- Rechtswirksamkeit erlangt Verfügung i.d.R. ab ihrer Eröffnung, kann aber aufgeschoben sein:
  - •durch Spezialgesetz (bspw. Rodungsbewilligungen, Verkehrsbeschränkungen)
  - •durch ausdrückl. Anordnungen d. Behörde im Verfügungsdispositiv (vgl. M3,§6,IV)
  - •durch Einlegen eines Rechtsmittels, das aufschiebende Wirkung hat (VwVG 55), wobei in diesem Fall Pflichten vorerst nicht zwangsweise durchgesetzt werden können (Suspensiveffekt), pflichtmässig bezahlte Beträge jedoch keine Schenkung darstellen, sondern eine Rechtspflicht, u. werden zurückerstattet, wenn Beschwerdeführer mit seinem Rechtsmittel durchdringt

VII) Abstützung im öffentlichen Recht (des Bundes bzw. der Kantone)

- Verfügung muss Verwaltungsrechtssätze d. Bundes unmittelbar zur Anwendung bringen
- unerheblich ist: *Normstufe*, *systematische Einreihung des Rechtssatzes* (öffentl. Recht ist nicht nur i. d. Verwaltungsrechtserlassen), *Erscheinungsform* (geschrieben od. ungeschrieben)

VIII) Nebenbestimmungen zur Verfügung

1. Begriff u. Funktion
   - •Nebenbestimmungen regeln *Modalitäten* d. Verfügung, gestalten d. geregelten Rechte/Pflichten näher aus

2. Arten von Nebenbestimmungen
   - •*Befristungen*: begrenzt zeitliche Geltung d. Verfügung (z.B.: „Baubewilligung verfällt, wenn in 2 Jahren...“)
   - •*Bedingung*: macht Rechtswirksamkeit d. Verfügung v. künftigem ungewissen Ereignis abhängig
     - -*Suspensivbedingung*: Beginn d. Rechtswirksamkeit ist bis zum Eintritt d. Bedingung aufgeschoben
   - •*Auflage*: belastet Adressaten mit einer zusätzlichen Verpflichtung zu einem Tun, Dulden, od. Unterlassen; *Rechtswirksamkeit* hängt nicht davon ab, ob Auflage erfüllt wird →Auflage ist selbstständig erzwingbar

3. Zulässigkeit v. Nebenbestimmungen
   - •Nebenbestimmungen sind zulässig, wenn ausdrückliche gesetzl. Grundlage vorhanden od., wenn sie in engem sachlichen Zusammenhang mit den Zwecken stehen, die mit d. Hauptregelung verfolgt werden u. sie verhältnismässig bleiben

§5: ARTEN VON VERFÜGUNGEN

I) Die Verfügungsarten im Überblick

- Verfügungen lassen sich unterscheiden nach:
  - •*Adressatenkreis*: Individualverfügung u. Allgemeinverfügung (vgl. II)
  - •*Inhalt*: positive, negative Verfügung u. Feststellungsverfügung (vgl. III)
  - •*Wirkung* auf die Adressaten: begünstigende u. belastende Verfügung (vgl. IV)
  - •*Anteil d. Adressaten am Zustandekommen* d. Verfügung: nicht/mitwirkungsbedürftige Verfügung (vgl. V)
- Unterteilungen ändern nichts am Verfügungsbegriff gemäss M3,§4 u. darin erwähnte Strukturmerkmale

II) Nach dem Adressatenkreis: Individualverfügung und Allgemeinverfügung

- richtet sich Verfügung an *einzeln bestimmte* Adressaten od. an Adressaten*kollektiv*?

1. Indiviualverfügung
   - •Geltung f. *bestimmten* Adressaten od. f. Mehrzahl individuell bestimmter Adressaten →individuell-konkret
   - •z.B.: „Herrn X wird Führerausweis f. 3 Mte. entzogen"; „Durchführung d. Quartierfestes am 12.5., von 9:00 bis 22:00, am Musterweg f. Hausnr. 45 – 72 gestattet“

2. Allgemeinverfügung
   - •richtet sich an *individuell nicht bestimmte* Vielzahl v. Adressaten →generell-konkret
   - •verfahrensrechtlich weitgehend gleich behandelt, wie Individualverfügungen, gewisse prozedurale Besonderheiten: vgl. §6,IV,2 u. §7,III,2
   - •z.B.: Verkehrsregelungen (Verkehrszeichen), Typenprüfungen (besser: Typengenehmigungen)
   - •„konkreter Sachverhalt“ i. d. Praxis problematisch; mögl. Lösung: Bestimmtheit des Anordnungsobjekts als entscheidendes Kriterium
     - →*Anordnungsobjekt*: Gegenstand der Rechte/Pflichten, die den Adressaten auferlegt werden, d.h. jene Sache, auf d. sich Rechte/Pflichten beziehen; diese kann gegenständlicher od. nichtgegenständlicher Natur sein
     - →*Bestimmtheit*: Anordnungsobjekt muss einzeln bestimmt sein; bspw. „Parkverbot auf Münsterplatz“: Anordnungsobjekt sind nicht d. Fahrzeuge auf dem Platz, sondern dieser Platz selbst

III) Nach dem Inhalt: positive, feststellende und negative Verfügung

- welche Art v. *Aussage* macht d. Verfügung *bzgl. d. Regelung v. Rechten/Pflichten*?

1. Positive Verfügung
   - •kann Rechte/Pflichten *festsetzen, ändern, od. aufheben* (vgl. VwVG 5,1,a)
   - •z.B.: „Bewilligung zur Rodung ... erteilt“; „... Führerschein f. 3 Mte. *entzogen*“ →gleichzeitig: belastend

2. Feststellungsverfügung
   - •*stellt* lediglich die f. konkreten Fall bereits *geltende Rechtslage verbindlich klar* (VwVG 5,1,b u. VwVG 25)
   - •begründet, ändert u. hebt *keine neuen* Rechte/Pflichten auf
   - •z.B.: „Es wird festgestellt, dass Bestockung auf Parzelle Nr. 1982 Wald im Sinne v. WaG 2 darstellt“
     →es wird festgestellt, ob Rechte/Pflichten bestehen
   - •nach VwVG 25,2 setzt d. Erlass einer Feststellungsverfügung ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse voraus →dieses Interesse fehlt u. Behörde tritt auf Feststellungsbegehren nicht ein, wenn:
     - -Rechtsfrage ebenso gut durch positive od. negative Verfügung geklärt werden könnte
     - -es nur um Beantwortung *theoretischer* Rechtsfragen geht
     - -lediglich *tatsächliche* Verhältnisse geklärt werden sollen (≠*rechtliche* Vehältnisse)

→z.B.: „Es wird festgestellt, dass Emulgator XY gentechfrei ist“ →keine Feststellungsverfügung!

3. Negative Verfügung
   - Begehren auf Erlass einer positiven Verfügung / Feststellungsverfügung wird *abgewiesen* od. darauf wird *nicht eingetreten* (VwVG 5,1,c)
   - z.B.: „Rodungsbewilligung...wird verweigert“; „Auf d. Gesuch zur Rodung ... wird nicht eingetreten“

IV) Nach der Wirkung auf die Adressaten: begünstigende und belastende Verfügung

- wie wirkt d. Verfügung auf d. Adressaten: werden Rechte gewährt/verweigert; Pflichten überbunden od. v. ihnen befreit?

1. Begünstigende Verfügung
   - spricht dem Adressaten *Rechte zu od. befreit* ihn *v. Pflichten*
   - z.B.: „Baubewilligung wird erteilt“; „Einkommenssteuer ... wird erlassen“
   - vgl. auch VwVG 30,2,c u. VwVG 35,3!

2. Belastende Verfügung
   - *auferlegt* Adressaten *Pflichten* od. *verweigert* bzw. *entzieht* ihm nachgesuchte od. bestehende *Rechte*
   - z.B.: „Gesuch um Erteilung d. Lehrbefugnis ... abgewiesen“; „Alkoholausschankbewilligung ... entzogen“

V) Nach dem partizipativen Anteil der Adressaten: nicht/mitwirkungsbedürftige Verfügung

- in best. Fällen haben Adressaten entscheidenden Einfluss darauf, ob Verfügung zustande kommt od. nicht

1. Mitwirkungsbedürftige Verfügung
   - Verfügungen, bei denen d. *Verwaltungsverfahren nur auf Antrag od. Gesuch eines Adressaten ausgelöst* werden kann (bspw. Bewilligungen, Konzessionen, Subventionen)
   - Verfügungen, die *nur mit Zustimmung eines Adressaten ergehen* (bspw. Wahl zur Beamtin, Ernennung zum öffentlichrechtlichen Angestellten)
   - Mitwirkungsbedürftige Vefügungen werden auch „*antragsbedürftige Verfügungen*“ genannt

2. Der Mitwirkung nicht bedürftige Verfügung
   - unspezifische Restgrösse aller übrigen (der Mitwirkung nicht bedürftigen) Verfügungen, nämlich alle *Verfügungen, bei denen d. Verfahren v. Amtes wegen eingeleitet* wird
   - z.B.: Busse wegen Missachtung v. Verkehrsregeln; Entzug einer Deponiebewilligung wegen Verletzung umweltrechtlicher Vorschriften

§6: FORM DER VERFÜGUNG

→eine Verwaltungshandlung, welche d. Strukturmerkmale d. Verfügungsbegriffs erfüllt, bleibt Verfügung auch dann, wenn sie formelle Mängel aufweist!

I) Die formellen Elemente der Verfügung im Überblick (VwVG 35)

- Bezeichnung als Verfügung (gilt auch und gerade dann, wenn Verfügung in Briefform ergeht)
- Verfügende Behörde (Amtsbezeichnung des Verwaltungsträgers)
- Adressat (Nennung aller Adressaten)
- Begründung (vgl. III)
- Verfügungsformel, Dispositiv (vgl. IV)
- Ort, Datum, Unterschrift

II) Schriftlichkeit und Sprache

1. Schriftlichkeit
   - VwVG 34,1: grundsätzlich Schriftlichkeit (Voraussetzung für Gültigkeit einer Verfügung)
   - auch Fax, E-Mail mit „elektronischer Signatur“ (wenn Gegenpartei zustimmt) gelten als „schriftlich“

2. Sprache
   - VwVG 37: Bundesbehörden eröffnen Verfügungen i. d. Amtssprache, i. d. Sprache, i. d. die Parteien ihre Begehren gestellte haben od. stellen würden, od. in kantonalrechtl. vorgeschriebener Amtssprache
   - problematisch, wenn mehrere Parteien mit unterschiedlicher Sprache →mögl. Lösungen: Sprache d. Beschwerdeführers, d. angefochtenen Verfügung, od. i. d. Sprache d. Verfahrensinstruktion (f. Urteil)

III) Begründung

- Begründung ist d. wichtigste überhaupt an einer Verfügung
- erfüllt folg. Funktionen:
  - *Rationalisierung* d. Entscheidung (Selbstkontrolle d. Behörde, Schutz vor unsachlichen Motiven)
  - *Transparenz* d. Entscheidung (Adressaten können nachvollziehen, warum Entscheid so u. nicht anders)
  - *Akzeptanz* d. Entscheidung (mehr Legitimität d. Entscheidung, v. Adressaten eher als richtig empfunden)
- folg. Anforderungen an d. Standard d. Begründung sind leitend:
  - Entscheid muss sachgerecht angefochten u. objektiv überprüft werden können
  - je grösser Handlungsspielraum d. Behörde u. je schwerwiegender d. Eingriff, umso dichter d. Begründung
  - Bsp. „Knusperland AG“, S. 303: keine (genügende) Begründung →keine Anhaltspunkte, um auf Argumente einzugehen u. Verfügung anzufechten

IV) Verfügungsformel und Form der Eröffnung

1. Verfügungsformel
   - auch „Dispositiv“ genannt, muss folg. Elemente enthalten: (vgl. Bspe. S. 342/343)
     - -Umschreibung od. Feststellung der Rechte/Pflichten d. Adressaten; allenfalls Nichteintreten
     - -Kostenregelung (Verfahrenskosten, evtl. Parteikosten)
     - -Rechtsmittelbelehrung (ordentliches Rechtsmittel, Rechtsmittelinstanz u. Rechtsmittelfrist nennen)
     - -Eröffnungsformel (Parteien, denen Verfügung zu eröffnen ist, sog. Verfügungsadressaten, nennen)

2. Form der Eröffnung
   - Verfügungen werden i.d.R. individuell eröffnet (VwVG 34)
   - siehe auch VwVG 36,c u. VwVG 36,d)
   - Allgemeinverfügungen können grundsätzlich in einem amtlichen Blatt veröffentlicht werden (VwVG 36,d)

V) Folgen von Formmängeln

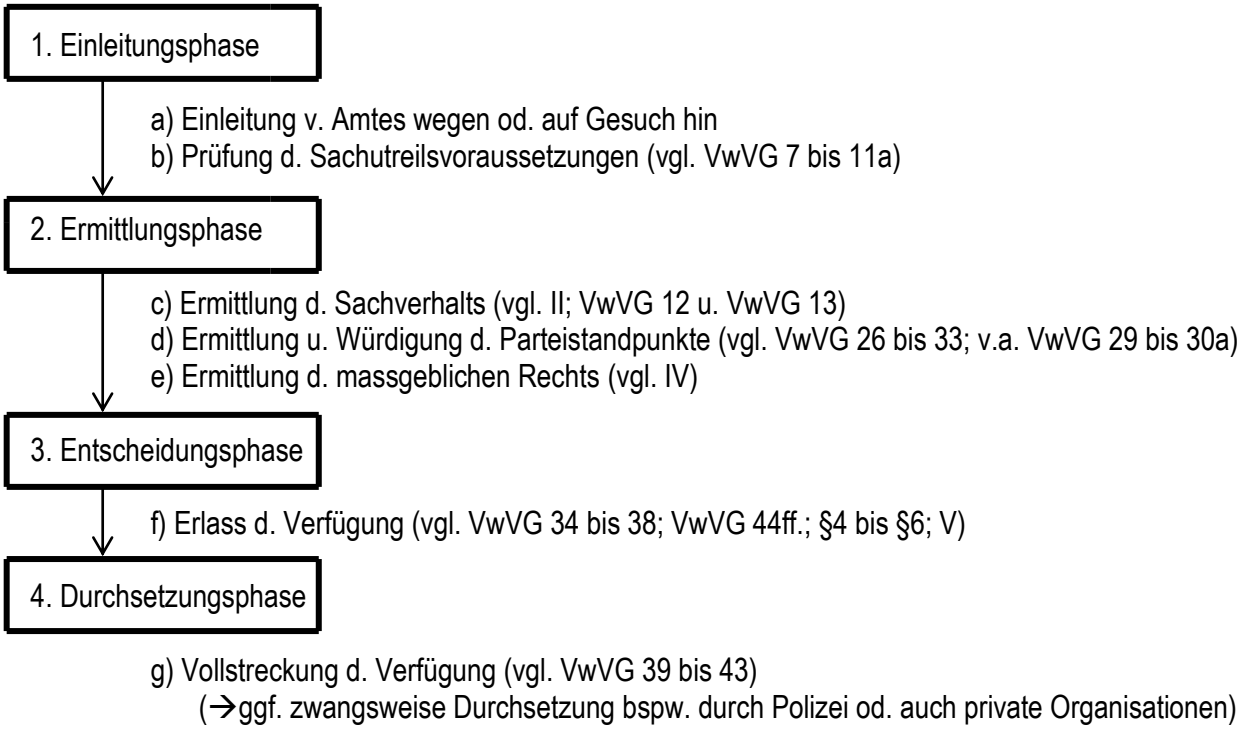
- VwVG 38: aus mangelhafter Eröffnung darf d. Parteien kein Nachteil erwachsen
  →d.h. nicht od. nur mangelhaft eröffnete Verfügungen:
  - können f. Adressaten (soweit Mangel reicht) keine materiellen Rechtswirkungen entfalten
  - lösen (soweit Mangel reicht) keine Rechtsmittelfrist aus
- auf fehlende od. falsche Rechtsmittelbelehrung kann sich jedoch nach Treu u. Glauben nicht berufen, wer d. Mangel bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte erkennen müssen
- auf falsche Fristangabe in einer ansonsten zutreffenden Rechtsmittelbelehrung kann sich d. betroffene Person grundsätzlich verlassen

§7: ZUSTANDEKOMMEN DER VERFÜGUNG UND RECHTSSCHUTZ

I) Das Verwaltungsverfahren im Überblick

- Verwaltungsverfahren: Verfahren auf Erlass einer Verfügung, ist d. geregelte Ablauf d. Prozesshandlungen, v. d. Anhebung d. Verfahrens bis zur Eröffnung d. Verfügung
- *nichtstreitiges* Verfahren, da zu regelndes Rechtsverhältnis bis zum Vorliegen d. Verfügung noch offen ist
- *Rechtsanwendung* seitens d. verfügenden Behörde
- „Verwaltungsbeschwerdeverfahren" (vgl. V) →*streitiges Verfahren, Rechtsprechung*

Schematische, chronologische Übersicht über das Verwaltungsverfahren



II) Sachverhaltsermittlung

- Erlass einer Verfügung ist *Rechtsanwendung*, d.h. *Subsumtion eines Sachverhalts unter d. massgebliche Rechtsnorm,* um f. d. konkreten Fall d. gebotenen Rechtsfolgen zu finden
  → *Gesetzesauslegung*: Von welchen Rechtsnormen wird d. zu beurteilende Sachverhalt erfasst?
  → *Sachverhaltsfeststellung*: Zusammentragen d. Tatsachen
- VwVG 12: Behörde stellt Sachverhalt v. Amtes wegen fest, d.h. sie darf nicht auf Behauptungen d. Parteien vertrauen, sondern muss v. sich aus nach rechtserheblichen Tatsachen forschen u. Beweis darüber führen →„objektive Wahrheit"
- Parteien müssen dennoch ihrerseits zur Feststellung d. Sachverhalts beitragen (vgl. VwVG 13) →*Mitwirkungspflicht:* besteht namentlich dort, wo Parteien mit best. Begehren an d. Staat herantreten

III) Gewährung des rechtlichen Gehörs

1. Begriff u. Funktion
   - •Rechtl. Gehör: Sammelbegriff f. d. persönlichkeitsbezogenen *Mitwirkungsrechte d. Verfahrensbeteiligten*
   - •Umfang: VwVG 11; VwVG 18,1; VwVG 26 bis 28; VwVG 30; VwVG 32 u. 33; VwVG 35
   - •*doppelte Funktion* d. rechtl. Gehörs:
     - -*personenbezogener Aspekt*: sicherstellen, dass d. Verfahrensbeteiligten in ihrer Würde u. Personalität ernstgenommen werden →Mensch ist Subjekt u. nicht Objekt staatl. Entscheidfindung (vgl. BV 7)

-*materialer Aspekt:* Mittel d. Sachaufklärung; sicherstellen, dass alle relevanten Fakten u. Interessen bei d. Entscheidfindung mitberücksichtigt werden (erhöht auch innerliche Akzeptanz d. Betroffenen)

•Minimalgarantien ergeben sich aus BV 29,2

2. Zeitpunkt und Form der Anhörung

•VwVG 30: grundsätzlich muss Behörde d. Parteien anhören, *bevor* sie verfügt

•Ausnahmen: VwVG 30,2

•Form d. Anhörung:

-i.d.R.: individueller Schriftenwechsel

-VwVG 30a: ausnahmsweise wird Gesuch od. beabsichtigte Verfügung *veröffentlicht*

3. Folge von Gehörsverletzungen

•rechtl. Gehör ist grundsätzlich *formeller* Natur: seine Verletzung führt zur *Aufhebung d. angefochtenen Verfügung*, unabhängig davon, ob d. Gehörsverletzung Einfluss auf d. Ergebnis hatte

IV) Rechtsanwendung von Amtes wegen: „iura novit curia“

- Behörde ist an Rechtsauffassung d. Parteien od. allfälliger Vorinstanzen nicht gebunden: *objektive Richtigkeit*
- Grundsatz gilt im Verwaltungsverfahren *ohen Ausnahme*, d.h. nicht nur bei Prüfung d. Zuständigkeits- u. Verfahrensvorschriften, sondern auch bei Anwendung d. materiellen Rechts

V) Rechtsschutz gegen Verfügungen

- wer mit Verfügung nicht einverstanden ist, kann sie unter best. Voraussetzungen mit Beschwerde bei einer *übergeordneten Instanz anfechten*
- Beschwerdeweg (bei Verfügung v. Bundesverwaltungsbehörde) führt an übergeordnetes Departement, od. an eine Rekurskommission →*Verwaltungsbeschwerde*
- gegen Beschwerdeentscheid v. Department/Rekurskommission kann oft an d. Bundesgericht rekurriert werden →*Verwaltungsgerichtsbeschwerde*
- Beschwerdeführer kann d. Behörde bspw. vorwerfen, sie habe mit ihrer Verfügung Bundesrecht verletzt, od. den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig od. unvollständig festgestellt (letzteres vor Bundesgericht nicht durchwegs zulässig)

!EXKURS!: KONZESSIONEN

I) Ausgangslage: Konzessionen als Folge eines staatlichen Monopols

- Konzessionen betreffen Tätigkeiten, d. nach rechtlicher Grundordnung zunächst dem Staat vorbeehalten sind

II) Staatliche Monopole

1. Begriff und Funktion

•*staatl. Monopol*: Recht d. Gemeinwesens, eine best. wirtschftl. Tätigkeit unter Ausschluss aller anderen Personen auszuüben →Tätigkeit wird dem Schutzbereich d. Wirtschaftsfreiheit (BV 27; BV 94) entzogen

•*tradierte (historische) Monopole* werden auch „Regal“ genannt (Bergregal, Salzregal, Jagdregal, etc.)

2. Arten

•*Rechtliche Monopole*: beruhen auf einem Rechtssatz (Verfassung u./od. Gesetz)

-*unmittelbar rechtliche Monopole*: Tätigkeit ist Privaten durch d. Recht direkt untersagt u. Staat vorbehalten (z.B.: Personenbeförderung)

-*mittelbar rechtliche Monopole*: Recht schreibt zwingend Benutzung einer öffentl. Anstalt/Dienstes vor (z.B.: obligatorische Unfallversicherung bei SUVA)

•*Faktische Monopole*: finden ihre Grundlage in tatsächlichen Gegebenheiten, v.a. i. d. Sachherrschaft d.

Gemeinwesens über d. öffentl. Sachen (z.B.: Plakatanschlagmonopol auf öffentl. Grund)

3. Zulässigkeit
   i) Im Allgemeinen:
      -faktische Monopole beruhen auf tatsächlichen Gegebenheiten u. bedürfen daher keiner besonderen Rechtfertigung
      -rechtliche Monopole (schränken Wirtschaftsfreiheit ein →Grundrechtsschranken beachten (BV 36): benötigen gesetzl. Grundlage (Gesetz im formellen Sinn), Öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit
   ii) Folgerungen f. d. Zulässigkeit v. Monopolen:
      -rechtliche Monopole d. Bundes benötigen Verfassungsgrundlage (vgl. BV 3 u. BV 42,1):
         >entweder sieht BV d. Monopol bereits vor (z.B.: Münzregal), od.
         >BV sieht lediglich eine umfassende Gesetzgebungskompetenz vor, d. eine Monopolisierung d. betreff. Aufgabenbereichs durch Gesetzgeber zulässt →Gesetzgeber muss über allfällige Einführung eines Monopols befinden (z.B.: Post- u. Fernmeldewesen; Rohrleitungsanlagen)
      -rechtliche Monopole d. Kantone:
         >tradierte kantonale Monopole: v. BV 94,4 geschützt (Berg-, Jagd-, Fischerei- u. Salzregal)
         >neue Monopole: nur zulässig, wenn grundsatzkonform (muss also v. jeder Wirtschaftslenkung absehen) u. hinreichend Gründe d. öffentl. Wohls →namentlich Polizei- u. Wohlfahrtsmonopole (z.B.: Polizeimonopol zum Schutz v. Polizeigütern [bspw. Wasserversorgung]; Wohlfahrtsmonopol zum Schutz v. sozialpolitischen Interessen)
      -Schaffung eines neuen kantonalen Monopols darf nicht dazu dienen, Strukturpolitik zu betreiben (vgl. auch BV 103) od. Gewinne zu erzielen

III) Konzessionen

1. Begriff und Funktion
   •Konzession: *Verleihung d. Rechts* zur Ausübung einer wirtschftl. Tätigkeit, d. unter staatl. Monopol steht

2. Arten
   •*Monopolkonzession*: verleiht Recht auf Ausübung eines rechtlichen Monopols (z.B.: Fischerei)
      →Sonderfall: *Konzession d. öffentl. Dienstes*, verschafft d. Berechtigten nicht nur Recht auf Ausübung einer best. wirtschftl. Tätigkeit, sondern, da diese im öffentl. Interesse liegt (Service public), legt diesem auch Pflichten auf (Betriebspflicht: Bau-, Beförderungs-, Fahrplan-, Tarif-, Sicherheits- od. Programmpflichten), bspw. „Personenbeförderungsregal“ od. „Seilbahnkonzession“
   •*Sondernutzungskonzession*: vermittelt Recht zur Ausübung eines faktischen Monopols (z.B.: Verlegen v. Tramschienen auf öffentl. Strassen)

3. Begründung des Konzessionsverhältnisses
   i) Rechtsform:
      -Konzessionsverhältnis wird i. d. Rechtsform d. *mitwirkungsbedürftigen Verfügung*, u. damit durch einseitigen Hoheitsakt begründet, auch dann, wenn Konzession somit „vertragliche“ Elemente enthält
   ii) Anspruch auf Erteilung?:
      -durch Konzession übertragbare Rechte können i.d.R. nur wirtschftl. Sinnvoll genutzt werden, wenn keine/wenige Konkurrenten vorhanden sind →kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Konzession
   iii) Dauer v. Konzessionsverhältnissen
      -wenn Ausübung d. Konzession mit hohen Bau- u. Betriebskosten verbunden ist, dann nur wirtschftl. sinnvoll, wenn Konzessionsdauer hinreichend lange (z.B.: Wasserkraftwerk → 80-Jahre-Konzession)
      -wenn Ausübung d. Konzession mit kleinem finanziellen Aufwand, dann kurze Konzessionsdauern (z.B.: Angelfischerpatente im Kanton Bern → 1 Jahr; 30, 7, 1 Tag)

4. Rechte und Pflichten des Konzessionärs
   •Rechte u. Pflichten (welche i. d. Konzession begründet) müssen *so ausgewogen* sein, dass *Ausübung rentabel* ist u. d. Sach- od. Dienstleistungen zu Bedingungen erbracht werden können, die dem Allgemeininteresse gerecht werden (bspw. nicht überteuerte Briefmarken)
   i) Rechte:

-Konzession berechtigt zur Ausübung der in ihr umschriebenen wirtschftl. Tätigkeit, woraus als *Annexrechte* weitere Befugnisse eingeräumt werden können

ii) Pflichten:

-*Ausübungspflicht*: soweit an d. konzessionierten Tätigkeit ein öffentl. Interesse besteht

-*Abgabepflicht*: einmalige od. periodisch wiederkehrende Konzessionsgebühr

-*Aufsicht durch d. Konzessionsbehörde:* Überwachung der Einhaltung der Konzessionsbestimmungen

MODUL 4: WICHTIGE VERWALTUNGSRECHTSVERHÄLTNISSE

§1: BEWILLIGUNGEN

I) Begriff, Funktion und Arten im Überblick

1. Begriff und Funktion
   - •Bewilligung: Verfügung, wonach d. *Ausübung einer privaten Tätigkeit in Übereinstimmung mit d. gesetzl. Ordnung* erlaubt wird
   - •Funktion: unterschiedlich je nach Art, allgemein: es sollen private Tätigkeiten, im Einzelfall, vorweg (*präventiv*) durch Behörde *auf ihre Übereinstimmung mit dem anwendbaren Recht* (gesetzl. Voraussetzungen erfüllt?) hin überprüft werden

2. Arten
   - •*Polizei*bewilligung (Polizei-/Kontrollerlaubnis): Grundform d. Bewilligung (vgl. IV)
   - •*wirtschaftspolitische* Bewilligung (vgl. V)
   - •Bewilligung f. *gesteigerten Gemeingebrauch* (vgl. VI)

   } *ordentliche* Bewilligung

   →Unterscheidung ist rechtl. Bedeutsam, weil Voraussetzungen f. Einführung einer Bewilligungspflicht (vgl. II) sowie d. Voraussetzungen, unter denen d. Bewilligung erteilt wird, z.T. unterschiedlich sein können
   - •*Ausnahme*bewilligung: erlaubt d. Bewältigung gesetzl. nicht erfasster Sondersituationen (vgl. VII)

II) Zulässigkeit der Bewilligungspflicht

- Einführung einer Bewilligungspflicht kann eine Einschränkung verfassungsmässiger Rechte bedeuten (v.a. Wirtschaftsfreiheit u. Eigentumsgarantie) →*Voraussetzungen nach BV 36* zu beachten
- auch, wenn eine Bewiligungspflicht keine grundrechtlichen Schutzbereiche berührt, gelten d. Voraussetzungen: *gesetzl. Grundlage, öffentl. Interesse, Verhältnismässigkeit* (vgl. BV 5)
- Zulässigkeit d. Bewilligungserteilung richtet sich nach Voraussetzungen, d. im anwendbaren Gesetz formuliert, nämlich nach *persönlichen* Voraussetzungen (bspw. Fahrtüchtigkeit, in Form d. Führerscheins) u. *sachlichen* Voraussetzungen (bspw. Vorschriftskonformität v. Baute) →Unterscheidung v. Bedeutung, wenn *Übertragbarkeit* einer Bewilligung in Frage steht (vgl. III, 3.)

1. Gesetzliche Grundlage
   - •private Tätigkeit kann nur bewilligungspflichtig erklärt werden, wenn *ausdrückliche gesetzl. Grundlage* vorhanden, i.d.R. im formellen Gesetz
   - •gesetzl. Grundlage kann in 2 Fällen ersetzt werden:
     - i) bei schwerer, unmittelbar drohender u. nicht anders abwendbarer Gefahr f. Polizeigüter →*polizeiliche Generalklausel* (vgl. §3, IV, 1, b)
     - ii) beim öffentlichen Sachenrecht, durch d. *Sachherrschaft d. Gemeinwesens* über d. öffentl. Sachen im Gemeingebrauch (vgl. §2, IV, 3)

2. Öffentliches Interesse
   - •Bewilligungspflicht muss durch anerkanntes öffentl. Interesse ausgewiesen sein, welches sich ergibt aus:
     - -den *polizeilichen Schutzgütern* (vgl. §3, II, 2)
     - -dem *Zweck einer Saatsaufgabe* (vgl. M3, §1, III)

3. Verhältnismässigkeit
   - •Verhältnismässigkeit in *doppelter* Hinsicht vonnöten:
     - i) Einführung d. Bewilligungspflicht als solche muss verhältnismässig sein („ob?"); ist d. Fall, wenn:
       - >Bewilligungspflicht zur Erreichung d. angestrebten öfftentl. Interesses überhaupt *geeignet*
       - >Bewilligungspflicht erforderlich ist (anvisiertes Interesse nicht durch milderes Mittel

erreichbar (bspw. durch Meldepflicht od. nachträgliche Kontrolle)
>mit d. Bewilligung bewirkter Eingriff f. betroffene Person zumutbar ist, d.h. in vernünftigem Verhältnis zum öffentl. Interesse steht
>vgl. Bspe. S. 407

ii) konkrete Ausgestaltung dieser Pflicht muss auch verhältnismässig sein („wie?"); ist d. Fall, wenn:
>persönliche u. sachliche Voraussetzungen in hinreichendem Zusammenhang mit d. bewilligungspflichtigen Tätigkeit stehen

III) Erteilung, Verlängerung und Übertragung von Bewilligungen

1. Erteilung
   - •zur Ausübung einer bewilligungspflichtigen Tätigkeit ist ein *Gesuch* um Erteilung d. Bewilligung bei d. zuständigen Behörde zu stellen →*mitwirkungsbedürftige Verfügung*
   - •Bewilligung wird nach rechtsatzmässig festgelegten Kriterien erteilt od. verweigert, in Form d. Verfügung

2. Verlängerung
   - •durch Befristung d. Bewilligung soll *regelmässig geprüft* werden, ob Tätigkeit *noch gesetzeskonform* ist
   - •Recht auf Verlängerung besteht nur, wenn gesetzl. Voraussetzungen nach wie vor erfüllt
   - •Befristung muss jedoch *sachgerecht* sein:
     - -*wirtschftl. Vernünftiger Gebrauch* d. Bewilligung soll möglich sein
       - →kurzzeitige Befristung unsachgemäss, wenn d. nachgesuchte Tätigkeit dauerhafte Investitionen bedingt (hier wäre eine Abstimmung d. Befristung auf d. Abschreibungsdauer gerechtfertigt)
     - -wenn Bewilligung noch gesetzeskonform, dann *kein neues Verfahren*, sondern Bewilligung erneuern
   - •mehrfache Erneuerung gibt dem Bewilligungsinhaber grundsätzlich keinen Anspruch auf unveränderte Fortsetzung d. Bewilligungverhältnisses nach Ablauf d. Bewilligungsdauer

3. Übertragung
   - •*personenbezogene* Bewilligungen können *nicht* übertragen werden (z.B.: Fähigkeitsausweis)
   - •*sachbezogene* Bewilligungen können *übertragen* werden (z.B.: Fahrzeugausweis, Baubewilligung)

IV) Die Polizeibewilligung (Kontrollerlaubnis)

1. Begriff und Funktion
   - •Polizeibewilligung: bestätigt, dass beabsichtigte private Tätigkeit *gesetzl. Vorschriften polizeilicher Natur erfüllt* (Bspe.: Bau-,Berufsausführungsbewilligung, Bewilligung zum Verkauf v. Medikamenten); dient als *Mittel zum Schutz v. Polizeigütern*
   - •Bewilligungspflicht bezweckt nicht Verbot einer best. Tätigkeit, sonder dessen *behördlich u. präventiv kontrollierte Ausübung*, daher auch genannt „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt"
     →Polizeibewilligung auch genannt „Kontrollerlaubnis"
   - •vgl. Bsp. S. 409, unten: Bsp. zeigt, dass Bewilligungspflichten zu Kontrollzwecken nicht mehr streng polizeilich rechtfertigt sein müssen, sonder auch aus anderen Gründen eingeführt werden können

2. Rechtliche Bedeutung
   - •v.a. im Bau- u. Gewerbebewilligungsverfahren, od. auch bei Ausübung einer Berufstätigkeit v. Bedeutung
   - •häufig besteht bei d. Polizeibewilligung ein Rechtsanspruch auf Erteilung
   - •Polizeibewilligung ist eine *Gestaltungsverfügung* (keine Feststellungsverfügung!)
   - •bei unerlaubter Durchführung eines bewilligungspflichtigen Vorhabens schreitet Behörde ein u. verfügt über Einstellung d. Tätigkeit u. Durchführung eines nachträglich Bewilligungsverfahrens

3. Voraussetzungen der Bewilligungserteilung
   - •Bspe. f. *persönliche* Voraussetzungen: Fahrtüchtigkeit, Leumund, Wohnsitz, Fachkenntnisse
   - •Bspe. f. *sachliche* Voraussetzungen: Vorschriftskonformität einer Baute od. eines Fahrzeugs

4. Zur Baubewilligung insbesondere
   - •Bauten/Anlagen dürfen v. Bundesrechts wegen *nur mit behördlicher Bewilligung* errichtet/geändert werden

•sind gestzl. Voraussetzungen erfüllt, so besteht Rechtsanspruch auf Erteilung d. Baubewilligung
•zur Erteilung einer Baubewilligung müssen nicht nur baupolizeiliche, sondern *auch planungsrechtl. Voraussetzungen* erfüllt sein →Baubewilligung ist also auch Mittel zur planmässigen Herbeiführung einer *erwünschten räumlichen Ordnung* (entfaltet also eine gewisse *Lenkungswirkung*)

V) Die wirtschaftspolitische Bewilligung

1. Begriff und Funktion
•Erteilung hängt u.a. davon ab, ob entsprechendes *Kontingent* verfügbar ist od. ein *Bedürfnis nach betreff. Tätigkeit nachweisbar* →*zahlenmässig beschränkter Umfang* (Polizeierlaubnis: unbegrenzte Anzahl)
•Instrument d. *Wirtschaftslenkung*

2. Rechtliche Bedeutung
•v.a. im Ausländerrecht u. Landwirtschaftsrecht verbreitet

3. Voraussetzungen der Bewilligungserteilung
•sofern d. massgebende Recht einen Rechtsanspruch auf Erteilung gibt, steht dieser Anspruch in jedem Fall unter Vorbehalt d. verfügbaren Kontingents bzw. unter Vorbehalt d. Bedürfnisnachweises

VI) Die Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch

1. Begriff und Funktion
•erlaubt Inanspruchnahme öffentl. Sache im Gemeingebrauch, welche entweder *nicht mehr d. Bestimmung dieser Sache entspricht*, od. dieser Bestimmung zwar entspricht, aber d. Inanspruchnahme weist eine *nicht gemeinverträgliche Intensität* auf (vgl. §2, IV)
•dient d. *Koordination v. unterschiedlichen Nutzungsbedürfnissen*, welche an öffentl. Sachen vorhanden

2. Rechtliche Bedeutung
•v.a. f. Nutzung *öffentl. Strassen u. Plätze* erhebliche praktische Bedeutung

3. Voraussetzungen der Bewilligungserteilung
•sofern gesteigerter Gemeingebrauch in Schutzbereich eines Grundrechts fällt, besteht *bedingter Anspruch* (vgl. §2, IV, 3)

VII) Die Ausnahmebewilligung

1. Begriff und Funktion
•erlaubt Ausübung einer privaten Tätigkeit *in Abweichung v. normalerweise geltenden Vorschriften*
•dient dazu, gesetzl. *Regelordnungen eizelfallgerecht zu verfeinern*, sodass rechtl. nicht gewollte Härten u. offensichtliche Unzweckmässigkeiten vermieden werden
•*echte (kleine) Ausnahme*: im Einzelfall wird v. d. Einhaltung d. rechtl. Regelordnung befreit („Dispens“)
•*unechte (grosse) Ausnahme*: schon d. Gesetzgeber schafft f. best. Fälle eine v. d. Regelordnung abweichende Sonderordnung
→Unterscheidung hat kaum praktische Bedeutung

2. Rechtliche Bedeutung
•v.a. im Bau- u. Planungsrecht

3. Voraussetzungen zur Erteilung von Ausnahmebewilligungen (Grundvoraussetzungen)
•*Gesetzl. Grundlage*: Ausnahmebewilligung darf nur erteilt werden, wenn ausdrücklich v. einem Rechtssatz vorgesehen
•*Vorliegen der vom Gesetz verlangten Ausnahmesituation*: Behörde muss prüfen, ob ein wirklicher Sonderfall vorliegt, der ein Abweichen vom Gesetz rechtfertigt
•*Verbot d. Normkorrektur*: Ausnahmebewilligung dient ausschliesslich dazu, allgemein gehaltene Bestimmungen im Einzelfall zu verfeinern; die mit genereller Regelung verfolgte Absicht ist weiterzuführen

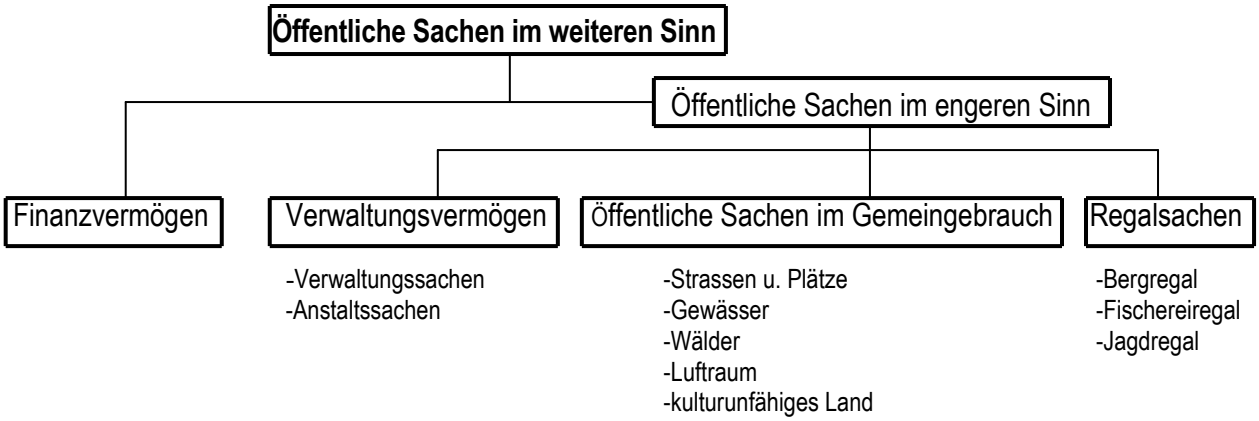
•*Umfassende Interessensabwägung*: Ausnahmebewilligung darf nur nach Abwägung aller erhblichen öffentl. u. privaten Interessen erteilt werden
•vgl. Bsp. S. 414/415

§2: BESCHAFFUNG UND NUTZUNG ÖFFENTLICHER SACHEN

I) Öffentliche Sachen im Allgemeinen

1. Begriff und Funktion der öffentlichen Sachen
   •Öffentliche Sachen: alle Sachen, die Staat zur *(un-/mittelbaren) Erfüllung v. Verwaltungsaufgaben* braucht
   →Zugehörigkeit bestimmt sich aufgrund d. *Zweckbestimmung* d. Sache
   •Eigentumsverhältnisse sind oft nicht ausschlaggebend (vgl. I,5), sonder d. *Verfügungsmacht* („Hoheit")

2. Arten der öffentlichen Sachen
   i) Schematische Übersicht:



   ii) Rechtliche Bedeutung:
      -Einteilung d. öffentl. Sachen ist bedeutend f. d. anzuwendende Recht (*Zivil- od. öffentl. Recht*; vgl. I,4) u. f. d. *Voraussetzungen* unter welchen v. d. öffentl. Sache Gebrauch gemacht werden darf

3. Die öffentlichen Sachen im Einzelnen
   i) *Finanzvermögen*:
      -umfasst Vermögensobjekte, d. Gemeinwesen wegen ihres *Geldwertes* besitzt u. *nicht unmittelbar zur Erfüllung v. Verwaltungsaufgaben* benötigt (höchstens mittelbar)
      -ist daher *rechtl. frei realisierbar*; leitend sind d. *Anlage- u. Finanzinteressen* d. Gemeinwesens
      -z.B.: Wertschriften; Liegenschaften, (nicht zur unmittelbaren Erfüllung v. Verwaltungsaufgaben)
   ii) *Verwaltungsvermögen*:
      -umfasst Vermögenswerte, d. Gemeinwesen *unmittelbar durch ihren Gebrauchswert zur Erfüllung v. Verwaltungsaufgaben* dienen (können aber u.U. Gewinn abwerfen)
      -ist *nicht frei realisierbar* (da Zweckgebunden); leitend sind d. *Aufgabeninteressen* d. Gemeinwesens
         >*Verwaltungssachen*: dienen d. Behörde zur *Aufgabenerfüllung* (bspw. Verwaltungsgebäude)
         >*Anstaltssachen*: stehen einem durch Anstaltszweck bestimmten u. *begrenzten Kreis v. privaten Benutzern* zur Verfügung (bspw. Schulen, Unis, Haftanstalten, Fahrzeuge des ÖV)
   iii) Exkurs: Zur Einordnung staatl. Unternehmensbeteiligungen insbesondere
      -Zugehörigkeit einer staatl. Beteiligung zum Finanz- od. Verwaltungsvermögen ist abhängig vom *Zweck d. Beteiligung*
   iv) Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch
      -stehen in ihrer Zweckbestimmung *d. Allgemeinheit z. Gebrauch offen* (unbegegrenzter Benutzerkreis)
      -dienen nicht d. Erfüllung *spezifischer* Verwaltungsaufgaben
   v) Regalsachen
      -Regale (vgl. M3, Kapitel „!Exkurs!"): rechtl. Monopole, d. seit alters bestehen (vgl. BV 94,4)
      -dürfen auch fiskalischen (staatswirtschaftlichen) Zwecken dienen

4. Anwendbares Recht

•Welches Recht ist auf d. öffentl. Sachen anwendbar: *Zivilrecht od. Verwaltungsrecht*?

i) Beim Finanzvermögen

-Objekte d. Finanzvermögens stehen im *Privateigentum d. Gemeinwesens* →*Zivilrecht*, sowie alle öffentlichrechtl. Vorschriften des Bau-, Planungs- u. Umweltrechts

-Gegenstände d. Finanzvermögens können gepfändet u. zwangsverwertet werden

-Staat braucht bspw., wenn er ein Gebäude bauen lassen will, eine Baubewilligung, genau wie Private

ii) Bei d. öffentlichen Sachen im engeren Sinn

-*modifizierter Privateigentum*: *je nach Rechtsfrage* gilt teils öffentl. Recht, teils Privatrecht

-*Begriff u. Inhalt, sowie Formen d. Begründung, Übertragung u. Aufhebung* d. Eigentums richten sich nach *Zivilrecht* (Spezialgesetz vorbehalten)

-*Verfügungsmacht, Zweckbestimmung u. Nutzung* d. öffentl. Sache richten sich nach *Verwaltungsrecht*

-Sachen im Gemeingebrauch sind unpfändbar

5. Öffentliche Sachen und Eigentum

•Finanzvermögen: da zivilrechtlich regiert, kann hierzu nur gehören was auch zivilrechtlich im Eigentum d. Gemeinwesens steht

•Verwaltungsvermögen u. öffentl. Sachen im Gemeingebrauch: stehen *nicht zwingend im Eigentum* d. Gemeinwesens, sondern mögl. v. Privaten →*Eigentum u. Verfügungsmacht können auseinanderfallen*

-*Hoheit* d. Gemeinwesens kann sich ergeben aus:

>*dinglichem od. obligat. Recht* d. Gemeinwesens über d. Sache (bspw. Wegrecht, Mietvertrag)

>einer *öffentlichrechtl. Eigentumsbeschränkung* (bspw. kraft öffentlichrechtl. Dienstbarkei)

>ausdrücklichem *Einverständnisses d. privaten* Eigentümers

>Tatsache, dass eine Sache *seit unvordenklicher Zeit im öffentl. Gebrauch* steht u. dieser Zustand als rechtmässig betrachtet wird (bspw. Laupen i. d. Berner Altstadt)

-Verhältnis zw. Herrschaftsträger u. Benutzenden untersteht immer d. *öffentl. Recht*

•Regalsachen stehen stets im *Eigentum* d. Gemeinwesens

II) Die Genese öffentlicher Sachen

- Wie werden Sachen zu „öffentlichen" Sachen? Wie entstehen sie bzw. werden sie erworben?

1. Natürliche Sachen

•natürliche öffentl. Sachen entstehen durch einen *natürlichen Vorgang*, z.B. durch Überflutung v. Terrain, od. Anwachsen v. Uferstreifen →bedarf keiner Beschaffungs-, Widmungs- u. Inkorporationsakte (vgl. 2.) →Akt d. *neuen Abgrenzung* bzw. Grenzziehung

2. Künstliche Sachen

•um diese öffentlich zu machen, bedarf es eines *Widmungs- u. Inkorporationsakts*, durch u. U. formlose *Verfügung* d. Gemeinwesens

→betreff. Sache wird f. bestimmungsgemässe Benutzung durch Allgemeinheit freigegeben

•diese öffentl. Sachen können auch wieder *entwidmet* bzw. ausgegliedert werden

•Gemeinwesen kann sich d. Mittel zur Aufgabenerfüllung entweder durch *Bereitstellung in eigener Regie* besorgen, od. durch *Beschaffung auf d. freien Markt* bei privaten Anbietern (= *öffentliche Beschaffung*)

-Bundesgesetzgebung regelt Beschaffung auf Bundesebene u. enthält Minimalvorschriften f. kantonale u. interkantonale Gesetzgebung zum kantonalen Beschaffungswesen

-Bundes- u. kantonale Gesetzgebung unterstehen gewissen Vorgaben d. internationalen Rechts

-öffentl. Beschaffungen werden durch *privatrechtl. Vertrag* getätigt

-*Zwei-Stufen-Theorie*:

Stufe 1: *interne Willensbildung d. Verwaltungsträgers* mündet in dessen Erklärung, mit wem u. zu welchen Bedingungen er Vertrag abschliessen will →durch *anfechtbare Verfügung*

Stufe 2: *Vertragsschluss* zw. Verwaltungsträger u. Anbieter

>Unterscheidung ermöglicht es also, *einen Teil d. Vertragshandelns dem öffentl. Recht zu unterstellen* u. d. Rechtsbedürfnissen v. unberücksichtigten Konkurrenten Rechnung zu tragen

III) Nutzungsverhältnisse an Verwaltungssachen und Anstaltssachen

1. Benutzung von Verwaltungssachen
   i) Benutzung durch die Verwaltung: *Verwaltungssachen dienen grundsätzlich nur den Behörden*
   ii) Überlassung von Verwaltungssachen zu verwaltungsfremdem Gebrauch:
   -Gebrauchsrechte Privater an Verwaltungssachen sind nicht ausgeschlossen
   -z.B.: Überlassung d. Gemeindesaals f. private Veranstaltung
   -Gemeinwesen ist nicht ohne weiteres verpflichtet, private Nutzung zu gestatten, sondern entscheidet darüber bei Vorliegen eines Gesuchs nach pflichtgemässem Ermessen
   -in *grundrechtsrelevanten Fällen* kann sich u.U. ein *bedingter Anspruch* auf Überlassung ergeben
   -Behörde darf jeweils berücksichtigen, ob best. Nutzung auch in *privaten Lokalitäten* befriedigt wäre
   -diese Grundsätze gelten auch f. Bewilligungen zur Nutzung öffentl. Sportplätze, Turnhallen, etc.

2. Benutzung von Anstaltssachen
   •öffentlichrechtl. Anstalten sind Träger d. dezentralisierten Verwaltung (vgl. M3,§1,IV)
   •Rechtsbeziehungen zw. öffentl. Anstalten u. dessen BenutzerInnen folgen z.T. besonderen Regeln u. können privatem od. öffentl. Recht unterstehen

IV) Nutzungsverhältnisse an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch

1. Arten von Gebrauchsrechten im Überblick

	Begriffselemente	*Bewilligungspflicht*	*Abgabepflicht*
Schlichter Gemeingebrauch	bestimmungsgemäss UND gemeinverträglich	bewilligungsfrei	unentgeltlich, ABER Kontrollgebühr zulässig
Gesteigerter Gemeingebrauch	nicht bestimmungsgemäss ODER nicht gemeinverträglich	kann bewilligungspflichtig erklärt werden	Benutzungsgebühr zulässig
Sondernutzung	nicht bestimmungsgemäss UND ausschliessend	konzessionspflichtig	Konzessionsgebühr

2. Schlichter Gemeingebrauch
   •Bspe.: Fahrverkehr auf öffentl. Strassen/Plätzen; Baden in öffentl. Gewässern
   •ob Gebrauch *bestimmungsgemäss* ist abhängig v. d. *Zweckbestimmung d. Sache*, diese ergibt sich:
   -aufgrund einer ausdrücklichen od. stillschweigenden *Widmung d. Sache* (z.B.: Eröffnung/Schliessung einer Strasse; Umwidmung v. Strasse zur Fussgängerzone, Bezeichnung einer Grünfläche als Park)
   -aufgrund d. natürlichen gegebenen od. menschlich gestalteten *Beschaffenheit d. Sache* (z.B.: öffentl. Gewässer; Ausstattung eines Platzes mit Strassenspielen)
   -aufgrund d. *traditionellen Gebrauchs* d. Sache (z.B. Benutzung v. Lauben/Arkaden i. d. Öffentlichkeit)
   •*Gemeinverträglichkeit*: ist solange gegeben, als d. *gleichartige u. gleichzeitige Benutzung* d. Sache durch andere Personen nicht erheblich behindert wird →erheblich ist d. Behinderung, wenn sie sich nicht mehr auf d. Grundlage einer allg. Benutzungsordnung beheben lässt
   •Gemeinwesen kann eine allg. *Benutzungsordnung* aufstellen, um Gemeinverträglichkeit d. Nutzung u. rechtsgleichen Zugang aller Berechtigten zu sichern, u. um d. Sache selbst vor Beschädigung zu schützen →z.B.: Verkehrsregeln (f. Strasse, Wasser-, u. Luftwege)

3. Gesteigerter Gemeingebrauch
   •Bspe.: Zeltplatz in einer Parkanlage; Durchführung v. Autorennen auf Passstrassen
   •Gemeinverträglichkeit kann aus *räumlichen* Gründen entfallen: Demonstrationen, Marktstände, Taxistand
   •sie kann auch aus *zeitlichen* Gründen entfallen: Dauerparkieren, Stationierung v. Boten an Bojen
   •Bewilligungspflicht zulässig: findet Rechtfertigung i. d. Notwendigkeit die (nicht mehr gemeinverträglichen) Nutzungsansprüche mit anderen Nutzungsansprüchen zu koordinieren u. ggf. Prioritäten zu setzen →Bewilligung f. gesteigerten Gemeingebrauch erscheint nicht als Polizeierlaubnis
   •soweit gesteigerter Gemeingebrauch i. d. *Schutzbereich eines Grundrechts* fällt, besteht ein bedingter

Anspruch auf Erteilung d. Bewilligung (vgl. V,4)
•dank seiner Verfügungsgewalt über öffentl. Sachen darf d. Gemeinwesen d. Bewilligungspflicht f. gesteigerten Gemeingebrauch auch ohne besondere gesetzl. Grundlage einführen →*Sachherrschaft* als gesetzl. Grundlage (aus Gründen d. Rechtssicherheit u. –gleichheit sollten jedoch d. Bewilligungspflicht als solche u. dessen wichtigsten Grundsätze rechtsatzmässig festgehalten werden)

4. Sondernutzung
•nicht mehr gemeinverträglich, wobei d. Behinderung d. anderen Benutzer derart ist, dass diese v. Gebrauch d. Sache auf längere Zeit ausgeschlossen sind
•Grenze zum gesteigerten Gemeingebrauch problematisch →Indiz einer Sondernutzung: feste Verbindung v. Werken mit d. öffentl. Sache
•Sondernutzung bspw.: Verlegen v. Leitungen u. Gleisen; Errichtung v. Bootsstegen, Installation v. Bauten
•keine Sondernutzung bspw.: Errichtung v. Fahrnisbauten; Aufstellen v. Gerüsten

V) Öffentliche Strassen und Plätze

- Öffentl. Strassen: Verkehrsflächen, d. *v. Fahrzeugen u. Fussgängern benutzt* werden u. aufgrund ihrer Zweckbestimmung *d. Öffentlichkeit zugänglich* sind
- Verkehrsregeln d. Bundes; Strassenhoheit d. Kantone
- Gemeingebrauch an öffentl. Strassen:
  •zum *unentgeltlichen u. bewilligungsfreien Gebrauch* v. öffentl. Strassen u. Plätzen zählen:
    -rollender u. ruhender Fahrzeugverkehr
    -Fussgängerverkehr
    -i.d.R. Verteilen v. Flugblättern
  •Unzulässigkeit v. Strassenbenutzungsgebühren (vgl. BV 82; BV 85; BV 86)
    -BV 82,3 →*Gemeingebrauch*: Gebührenfreiheit erstreckt sich auf d. Verkehr, soweit *schlichter Gemeingebrauch* vorliegt (vgl.: Erläuterung S. 433; u. unten: „Problem d. Parkgebühren“)
    →*Verkehr:* rollender u. ruhender Verkehr (sofern Fahrzeuge nur kurzzeitig abgestellt)
- gesteigerter Gemeingebrauch an öffentl. Strassen:
  •z.B.: mehr als kurzzeitiges Parken v. Fahrzeugen; Demonstrationen; Aufstellen eines Zirkuszelt
  •*Ausübung v. Grundrechten* auf öffentl. Grund:
    -gesteigerter Gemeingebrauch darf auch dann bewilligungspflichtig erklärt werden, wenn grundrechtl. geschützte Tätigkeiten in Frage stehen; f. diese besteht ein bedingter Anspruch auf Erteilung d. Bewilligung u. diese Interessen werden bei d. Entscheidfindung speziell berücksichtigt
    →„bedingter“ Anspruch in *doppeltem* Sinn:
      >Anspruch steht unter *Vorbehalt d. vorhandenen Kapazitäten*
      >Behörde muss zw. *Grundrechtsinteressen v.* Gesuchsstellern u. denen der Allgemeinheit (Interesse an d. gemeinverträglichen Nutzung d. öffentl. Sache) *abwägen*
- Problem d. Parkgebühren:
  •wenn Parkieren im schlichten Gemeingebrauch besteht, steht es unter d. Schutz d. Gebührenfreiheit
  →Parkgebühren nur als *Kontroll*gebühr zulässig: im Interesse eines möglichst breit zugänglichen Gemeingebrauchs, muss Einhaltung max. Parkdauer durchgesetzt werden (bspw. durch Parkuhren)
  •bei Vorliegen v. gesteigertem Gemeingebrauch, gilt Gebührenfreiheit nicht →*Benutzung*sgebühren
  •„gemeingebräuchliches Kurzparkieren“ lässt sich nicht generell definieren, sondern nur in Zusammenhang mit d. örtlichen Verhältnissen
  →f. städtische Zentren gilt i.d.R. als gesteigerter Gemeingebrauch eine Parkzeit v. mehr als 15-30 Min.
- Rechtsstellung d. Strassenanliegers (-anwohners): Tatsache, dass sich *Schutzbereich d. Eigentumsgarantie* nicht unmittelbar auf d. Eigentum beschränkt, sondern auch auf gewisse faktische Voraussetzungen in Zusammenhang mit diesem, wird berücksichtigt
  →es besteht Gewähr f. einen angemessenen, differenzierten Rechtsschutz d. Strassenanlieger

VI) Öffentliche Gewässer

1. Begriff der öffentlichen Gewässer
•öffentl. Interesse an Gewässern ist sehr vielfältig (anders als bei öffentl. Strasse/Plätzen): u.a.

Landschaftselement, Lebensraum, Klimafaktor, Erholungs- u. Sportraum, Energiequelle, Produktionsmittel
•Quellen beschränkter Mächtigkeit u. lokale Grundwasservorkommen unterstehen d. Zivilrecht
→alle übrigen ober-/unterirdischen Wasservorkommen gelten *als öffentl. Gewässer, selbst wenn diese Boden bedecken bedecken sollten, d. im Privateigentum steht*
→Gewässer in *Privateigentum* kann durchaus im *Gemeingebrauch* stehen

- *Gewässerhoheit d. Kantone* (unter Vorbehalt d. Bundesrechts)
- *Verkehrsregeln d. Bundes*; er ordnet auch d. Zulassung v. Schiffen u. Schiffsführern

2. Gemeingebrauch an öffentlichen Gewässern
•kann *nur an oberirdischen Gewässern* bestehen (*Nutzung öffentl. Grundwasservorkommen* stellt stets *gesteigerten Gemeingebrauch od. Sondernutzung* dar)
•zum Gemeingebrauch zählt v.a. *Schifffahrt*
•*Sondernutzung u. gesteigerter Gemeingebrauch* bedürfen jeweils d. *Bewilligung* v. Kanton
•Schiffe im Dienst d. Bundes dürfen auf allen Gewässern verkehren
•Benutzung v. Gewässern mit Schiffen, Boten u. Surfbrettern, Schwimmen *steht jedem unentgeltlich zu*
•aus überwiegendem öffentl. Interessen od. zum Schutz wichtiger Rechtsgüter (v.a. Umwelt u. Sicherheit) können Kantone d. *Schifffahrt verbieten, einschränken, od. Zahl v. Schiffszulassungen begrenzen*

3. Gesteigerter Gemeingebrauch an öffentlichen Gewässern
•diesen (u. auch d. Sondernutzung) *zu regeln obliegt d. Kantonen* (analog: öffentl. Strassen/Plätze)
•Bspe. f. gesteigerten Gemeingebrauch od. Sondernutzung: Stationieren v. Bojen; Errichtung v. Wasserski-Slalomanlage mit Sprungschanze; Ausbeutung v. Sand/Kies v. Seegrund; Wasserentnahme f. Trinkwasser, zur Bewässerung, od. zu Kühlzwecken; Wassernutzung zur Gewinnung v. Wärme/Energie

- *Sondernutzung* v. öffentl. Gewässern: v.a. bei *Erzeugung elektrischer Energie* aufgrund einer Konzession
- *Rechtsstellung d. Seeanliegers*: unterscheidet sich nicht wesentlich v. jener d. Strassenanstössers

VII) Die übrigen öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch

1. Wald
•jede Fläche, d. mit Waldbäumen u. –sträuchern bestockt ist u. *Waldfunktionen* erfüllen kann
→Entstehung, Nutzungsart, u. Bezeichnung im Grundbuch sind nicht massgebend
•erfüllt *unterschiedlichste Funktionen*: Wohlfahrts-, Schutz- u. Nutzfunktion (BV 77) →daher kann Wald im Eigentum d. Gemeinwesens *Finanz-, Verwaltungsvermögen, od. öffentl. Sache im Gemeingebrauch* sein
•*grundsätzl. öffentl. zugänglich* (es ist auch gestattet, sich wildwachsende Beeren, Pilze u.ä. anzueignen)
•*Einschränkungen* können sich v.a. *aus Naturschutzgründen* ergeben (Rodungen sind verboten)
•Wald u. Waldstrassen dürfen nur zu forstlichen Zwecken mit Motorfahrzeugen befahren werden
•so zu bewirtschaften, dass er seine Funktionen dauernd u. uneingeschränkt erfüllen kann (*Nachhaltigkeit*)

2. Luftraum
•*Lufthoheit d. Staats* beginnt ab jener Höhe, v. welcher an kein Interesse f. d. Ausübung d. Grundeigentums mehr besteht u. d. *Privateigentum an Grundstücken daher endet*

3. Kulturunfähiges Land
•Felsen, Gletscher u.ä.
•ist unter Vorbehalt d. Eigentumsnachweises *herrenlos* →blosses Aufsuchen u. Sammeln v. feiliegenden Mineralien darf daher keiner Bewilligungspflicht unterstellt werden

§3: POLIZEI

I) Begriff der Polizei

- in Rechtssprache ist d. Begriff *sehr vielfältig*: Gewerbe-, Bau-, Sicherheits-, Kriminal-, Verkehrs-, Feuerpolizei
→Unterscheidung zw. Polizei als Tätigkeit (funktioneller Begriff) u. als Behörde (organisatorischer Begriff):
i) *Funktioneller Polizeibegriff:* diejenige hoheitliche Tätigkeit, welche *öffentl. Ordnung u. Sicherheit* vor Gefährdungen u. Störungen schützt
ii) *Organisatorischer Polizeibegriff:* diejenigen staatl. Behörden, welche mit d. *Schutz v. Polizeigütern* unmittelbar betraut sind
-Polizei i.e.S.: Polizeikorps, d.h. *Sicherheits-, Gerichts- u. Verkehrspolizei*
→teilweise in besonderen kantonalen Polizeigesetzen geregelt
-*Spezialbehörden*, z.B. Baupolizei (Gemeindebaupolizeibehörde), Gesundheitspolizei (Kantonsarzt, Kantonschemiker, Kantonstierarzt), Gewerbepolizei (Gewerbeaufsicht), usw.
→Normen finden sich i. d. entsprechenden Sacherlassen

II) Motive polizeilichen Handelns

1. Die polizeilichen Aufgaben im Allgemeinen
•Aufgaben d. Polizeibehörden i.e.S. decken einerseits nicht ganzen Bereich d. Polizei im funktionellen Sinn ab, gehen aber andererseits z.T. über diesen hinaus (*vgl. auch berner PolG 1: S. 444, oben*)

2. Der Schutz der Polizeigüter im Besonderen
i) Wandel d. Polizeibildes i. d. Zeit:
-Kreis polizeilicher Schutzgüter steht nicht ein f. allemal fest, sondern ist immer auch abhängig v. Staatsverständnis einer best. Epoche →Für welche Ordnung (erwünschter Zustand) sieht sich ein Gemeinwesen zuständig? Welche Bereiche wird d. Gesellschaft zur Eigenverantwortung überlassen?
-Bundesgericht hält fest, dass mit Wirtschaftsfreiheit (BV 94) *nicht nur Massnahmen zum Schutz d. traditionellen Polizeigüter* (Gefahrenabwehr) zulässig sind, sonder auch *sozialpolitische Massnahmen*
ii) Die polizeilichen Schutzgüter im Einzelnen
-Oberbegriff „öffentl. Ordnung u. Sicherheit“ bestehend aus:
>*öffentl. Ordnung:* umfasst alle Regeln, welche nach jeweils herrschender Ansicht f. *geordnetes Zusammenleben* v. Privaten unerlässlich sind
>*öffentl. Sicherheit:* bedeutet Unverletzlichkeit d. *objektiven Rechtsordnung*, d. *Rechtsgüter d. Einzelnen* (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, usw.) sowie d. *Einrichtungen d. Staates*
→dies zu gewährleisten *obliegt in erster Linie d. staatl. Polizeibehörden:* ausnahmsweise Übertragung v. Polizeiaufgaben auf Private nur bei Sicherstellung d. Grundrechtsbindungen
→Sorge f. öffentl. Sicherheit u. Ordnung lässt sich im Rechtsstaat nur sehr beschränkt u. innerhalb enger, vom Gesetzgeber definierten Schranken, „privatisieren“
-Einzelne, spezifische Schutzgüter:
>*Öffentliche Gesundheit:* nicht Gesundheit einzelner Menschen, sondern d. *Kollektivbevölkerung*
→anvisiert sind Schäden, d. als Folge d. gesellschftl. Lebens auftreten u. *unbest. Vielzahl v. Personen* treffen können (z.B.: Lebensmittelpolizei, Heilmittelpolizei, Kantonsarzt)
>*Öffentliche Ruhe:* besonderer Fall öffentl. Gesundheit; schützt Sonntags-, Nacht- od. Umgebungsruhe u. ä. (z.B.: Ortspolizei, Verkehrspolizei)
>*Öffentliche Sittlichkeit:* Schutzobjekt ist sittliches Empfinden d. Bevölkerung →besonders schwierige Eingrenzung, da sittliches Empfinden nicht zu allen Zeiten u. überall gleich ist (z.B.: Verbot v. Peep-Shows; Verbot v. Plakatwerbung mit sterbenden Aidskranken)
>*Treu u. Glauben im Geschäftsverkehr:* Schutz Bevölkerung vor *Ausbeutung u. Täuschung* durch unlautere Geschäftspraktiken (z.B.: Gewerbepolizei; Vorschriften über Preistransparenz)
iii) Schutz zivilrechtlicher Ansprüche als polizeiliche Aufgaben?
-Polizeigüter sind öffentl. Güter →Schutz liegt *im Interesse d. Öffentlichkeit* →Verantwortung d. Staats
-best. öffentl. Güter (bspw. Leib, Leben) sind untrennbar mit Individuum verbunden, daher wirkt hier d. Polizeitätigkeit immer auch zu Gunsten Einzelner
-*Schutz rein privater Ansprüche* sind hingegen Aufgabe v. *ordentlichen Gerichten im Gerichtsprozess*
-*ausnahmsweise* ist Polizei jedoch *subsidiär* befugt, private Rechte zu schützen →Voraussetzungen:
>Bestand d. privaten Rechts muss glaubhaft gemacht werden
>gerichtlicher Schutz kann nicht rechtzeitig erlangt werden
>Ausübung d. privaten Rechts würde ohne polizeiliche Hilfe vereitelt od. wesentlich erschwert

→*vgl. Bsp. S.446*

-polizeilicher Schutz *zivilrechtlicher Ansprüche z.T. im Spezialgesetz* geregelt (vgl. Bsp. S. 446/447)

iv) Schutz vor Eigengefährdung als polizeiliche Aufgaben?

-Eigengefährdung ist Ausdruck d. Privatautonomie: z.B. in riskante Sportart, Tabak-/ Alkoholkonsum

→*Belange d. Gesellschaft od. öffentl. Interesse sind nicht beeinträchtigt*, darum ist polizeibehördliches Einschreiten grundsätzlich unzulässig

-Polizei darf *ausnahmsweise* tätig werde, bei:

>Eigengefährdung mit gleichzeitiger *Gefährdung Dritter*

>Eigengefährdung d. einen *Dauerzustand* schafft, d. zugleich eine *unbest. Anzahl anderer gefährdet* (z.B.: Haus in einem Lawinenhang)

>*Selbstmord*, Eigengefährdung mit *wahrscheinlicher Todesfolge*, schwere *Selbstverstümmelung*

>best. Situation, d. nach allg. Lebenserfahrung, *unbest. Anz. Personen zu lebensgefährlicher Eigengefährdung verleiten* kann (z.B. Sperren eingefrorener Seen für Betreten bis es sicher ist)

III) Instrumente und Massnahmen polizeilichen Handelns

1. Polizeiliche Massnahmen im Allgemeinen

i) polizeiliche *Interventionsstufen*:

-zur Erfüllung polizeilicher Aufgaben kommt Mehrzahl v. verwaltungsrechtl. Massnahmen in Betracht

→4 Grundformen:

>Erlass v. polizeilich motivierten Rechtssätzen (u. ggf. darauf abgestützten Verfügungen)

>Einführung einer polizeilichen Bewilligungspflicht

>Errichtung eines Polizeimonopols

>Verbot einer Tätigkeit

→i.d.R. werden sachbedingt verschiedene *Massnahmen miteinander kombiniert*

ii) präventive und repressive polizeiliche Tätigkeit:

-*präventiv*: *Schutz* v. Polizeigütern vor Störung u. Schädigung

→z.B.: Absperren eines gefrorenen Sees; Sperrung einer Strasse bei Felssturzgefahr

-*repressiv*: Beheben v. *bereits eingetretenen Störungen* u. Schäden, u. Wiederherstellen d. ordnungsgemässen Zustands

→z.B.: Einziehen gesundheitsgefährdender Gegenstände; Abschleppen falschparkierter Autos

2. Massnahmen der Polizeibehörden im Besonderen

•Massnahmen d. Polizeibehörden richten sich in erster Linie nach kant. Polizeigesetzen (im Bereich d. allg. Polizei hat Bund nur beschränkte Kompetenzen; vgl. BV 57)

•Unterscheidung zw. Massnahmen als solche u. d. dabei erlaubten Zwangsmittel:

-*Massnahmen* d. Polizeibehörde sind z.B.:

>Anhaltung u. Identitätsfeststellung: es besteht v. BV wegen keine allg. Pflicht, Identitätsausweise auf sich zu tragen; Identitätsfeststellung muss aus wichtigen Gründen erfolgen (Gefahrenabwehr, Ermittlungstätigkeit) u. darf nicht schikanös sein

>Wegweisung, Fernhaltung, Polizeigewahrsam

>Ausschreibung v. Personen

>Durchsuchung v. Personen, Sachen u. Räumen

>Sicherstellen v. Sachen

-*Zwangsmittel* d. Polizei zur Durchsetzung v. Massnahmen sind z.B.:

>Unmittelbarer Zwang gegen Personen u. Sachen

>Fesselung: wenn sich Person tätlich widersetzt, Fluchtverdacht erregt, ernstzunehmende Drohungen ausspricht od. als gefährlich bekannt ist

>Schusswaffengebrauch: bei Eigenbedrohung od. Bedrohung anderer mit einem gefährlichen Angriff; wenn dienstliche Aufgaben nicht anders ausgeführt werden können (bei Fluchtversuch; zur Befreiung v. Geiseln; Verhinderung unmittelbar drohender schwerer Verbrechen; Vergehen an Einrichtungen, welche d. Öffentlichkeit dienen od. f. Allgemeinheit wegen ihrer Verletzlichkeit eine besondere Gefahr bilden)

IV) Grundsätze des polizeilichen Handelns

1. Gesetzmässigkeit
   - polizeiliches Handeln muss sich auf *gesetzl. Grundlage* stützen →im Polizeirecht besonders wichtig, da oft grundrechtl. sensible Bereiche betroffen u. Polizeibehörden über scharfe Zwangsmittel verfügen

   i) Allgemeine Polizeigesetze:
   - -es ist gesetzestechnisch gesehen *problematisch, d. Polizeihandeln rechtssatzmässig zu erfassen*, da sich mögl. polizeiwidrige Zustände kaum vorwegnehmend generalisieren lassen
   - →allenfalls können zulässige *Massnahmen* u. f. diese zu erfüllende *Voraussetzungen* genannt werden
   - →*offene Normen* sind unumgänglich

   ii) *Polizeiliche Generalklausel:* unter best. Umständen ist Polizei ermächtigt, auch ohne besondere gestzl. Grundlage tätig zu werden →polizeiliche Generalklausel als *Surrogat d. gesetzl. Grundlage* (vgl. BV 36)
   - -polizeiliche Generalklausel darf nur *subsidiär u. vorübergehend* beansprucht werden, wenn folg. 4 Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:
     - >*Polizeigüter* sind betroffen
     - >*schwere u. unmittelbare Gefahr* ist abzuwenden od. *bereits eingetretene Störung* zu beseitigen
     - >*zeitliche Dringlichkeit* ist gegeben
     - >es stehen *keine geeigneten gesetzl. Massnahmen* zur Verfügung
     - →bei erfüllten Voraussetzungen darf Polizei geeignete *Polizeinotverfügungen* od. *Polizeinotverordnungen* erlassen, welche *unverzüglich ausser Kraft* gesetzt werden, sobald *Gefahrensituation behoben* ist (vgl. BV 185,3; u. M2,§7,V,6,a)

   iii) Zum Polizeinotstand: besonders wichtiger Anwendungsfall d. polizeilichen Generalklausel
   - -Situationen, wo *polizeiliche Schutzgüter besonders bedroht* sind, bezeichnet man als Polizeinotstand →z.B.: begrenzte Einzelfälle, od. bei politischen Unruhen, Naturkatastrophen, Atom-/Chemiestörfälle
   - -praktische Bedeutung: in solchen Fällen darf *Polizei v. Störerprinzip (vgl. 5) abweichen u. auf unbeteiligte Dritte greifen*, sofern letztere dadurch nicht erheblich gefährdet werden →Bspe.:
     - >Requirierung v. Privatfahrzeugen zu Rettungszwecken („Anhalten, Polizei! Wir brauchen Ihr Fahrzeug – es geht um die nationale Sicherheit!“)
     - >Requirierung v. Räumen zur Unterbringung v. Verletzten u. Obdachlosen

2. Öffentliches Interesse
   - besteht i. d. *Aufrechterhaltung d. polizeilichen Schutzgüter:* falls drohende Gefahren v. Polizeigütern abgewendet werden soll (so können v. vornherein keine polizeiwidrigen Zustände eintreten →präventiver Polizeieinsatz), od. falls Störungen d. Polizeigüter bereits eingetreten sind u. d. ordnungsgemässe Zustand wiederhergestellt werden soll (repressiver Polizeieinsatz)

3. Verhältnismässigkeit (BV 5,2; u. BV 36,3)
   - Mitteleinsatz muss auf *Besonderheiten d. Einzellfalls* gemünzt sein
   - daraus ergibt sich auch, dass polizeiliches Handeln sich in erster Linie gegen jene Personen zu richten hat, d. polizeiwidrigen Zustand herbeigeführt haben

4. Opportunitätsprinzip

   i) Begriff u. Funktion:
   - -Polizei *kann* bei Ordnungswidrigkeiten einschreiten, *muss* es aber *nicht* →*Entschliessungsermessen*
   - -Opportunitätsprinzip soll d. Polizei hinsichtlich ihrer sachlichen u. persönlichen Mittel ermöglichen, ihre Einsatzdoktrin d. Verhältnissen anzupassen u. *im Einzelfall Prioritäten zu setzen* →*gilt nur im Rahmen d. allg. Gefahrenabwehr*, nicht i. d. Strafverfolgung u. beim spezialgesetzl. Polizeigüterschutz

   ii) Pflicht zur Interessensabwägung:
   - -trotz Opportunitätsprinzip muss Polizei betroff. *Interessen pflichtgemäss abwägen u. berücksichtigen:*
     - >Art d. *Polizeiguts* u. *Schwere d. Gefahr*
     - >zu dieser Zeit *verfügbare Mittel*
     - >*besondere Umstände* d. Falles
   - -vgl. Bsp. S. 453

5. Störerprinzip

i) Begriff u. Funktion:

-polizeiliches Handeln hat sich *gegen jene Personen* zu richten, d. *polizeiwidrigen Zustand unmittelbar zu verantworten haben* (→*sachgerechte Massnahmenanlastung*); diese Personen haben polizeilichen *Eingriff zu dulden* od. *gebotene Massnahmen* zur Erhaltung/Wiederherstellung d. ordnungsgemässen Zustands *selber zu treffen*

-*unbeteiligte Dritte* dürfen aber *grundsätzlich nicht belangt* werden, ausser im *Polizeinotstand (vgl. 1,iii)*

ii) Arten v. Störern:

-Verhaltensstörer: wer durch *eigenes Verhalten* (*Tun od. Unterlassen*, wenn eine Rechtspflicht zu sicherheits- u. ordnungswahrendem Handeln besteht), od. durch das *unter seiner Verantwortung erfolgte Verhalten Dritter*, *unmittelbar* d. polizeiwidrige Gefahr/Störung verursacht

→setzt kein Verschulden voraus!

→Bspe.: randalierende Demonstranten; Gäste, welche d. Nachtruhe stören

-Zustandsstörer: wer *rechtl./tatsächl. Herrschaft über Sache hat, v. welcher Störung unmittelbar kommt*

→v.a. Eigentümer, Mieter, Pächter, Verwalter, u. Beauftragte →entscheidend ist d. Verfügungsmacht, welche d. Berechtigten erlaubt, d. Sache in polizeikonformen Zustand zu halten

→setzt kein Verschulden voraus!

→Bspe.: Eigentümer v. Grundstück, auf dem sich sanierungsbedürftige Altlasten befinden

-Zweckveranlasser: wer *durch sein Verhalten bewirkt* od. bewusst in Kauf nimmt, dass *Dritte* d. Polizeigüter seinetwegen *stören/gefährden*

→Bspe.: wer ein Nachtlokal so betreibt, dass umliegende Bewohner durch angeheiterte Gäste in ihrer Nachtruhe gestört werden

→*problematisch!* Begriffsmerkmal d. Störers: *unmittelbare* Störung (vgl. i) ist hier *weggelassen*, daher besteht Gefahr, dass Polizei bei Bestimmung d. Personen, d. Polizeieingriff hinzunehmen haben, *zu weit i. d. Kausalitätskette zurückgreift*

iii) Mehrzahl v. Störern:

-hier kann Behörde *alternativ od. kumulativ jeden Verhaltens-/Zustandsstörer* verpflichten, polizeiwidrigen Zustand zu beheben (gewisser Ermessensspielraum)

-bei *Dringlichkeit* hält sich Polizei an jenen *Störer*, der zur Wiederherstellung v. ordnungsgemässen Zustands *am ehesten i. d. Lage ist*; *ansonsten* (d.h. wenn keine Dringlichkeit) an *jenen*, welcher f. d. Störung *am ehesten verantwortlich* ist

→*Störerprinzip will nicht bestrafen, sondern bezweckt, ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen!!!*

6. Verursacherprinzip

i) Begriff u. Funktion

-d. *Kosten* einer polizeilichen Massnahme hat zu tragen, wer diese *verursacht* hat

→Verursacherprinzip soll eine *sachgerechte Kostenanlastung* ermöglichen

-ist v.a. im Umweltrecht bedeutsam

ii)Verhältnis zum Störerprinzip

-Störerprinzip: wer hat d. polizeilichen *Massnahmen zu dulden*?

-Verursacherprinzip: wer hat d. *Kosten dieser Massnahmen zu tragen*?

→*Realleistungs-/Duldungspflicht vs. Kostentragungspflicht*

iii) Mehrzahl v. Verursachern:

-zivilrechtlich gilt bei Schädigung aus unerlaubter Handlung *Solidarhaftung*

→im Verwaltungsrecht nicht anwendbar, es sei denn, d. *Spezialgesetz sehe Solidarhaftung* vor

-ansonsten sind d. Kosten *anteilsmässig auf d. einzelnen Verursacher zu verlegen* u. einzeln einzufordern (bei *Zahlungsunfähigkeit* eines Verursachers *trägt d. Gemeinwesen diese Kosten*)